



DEMANDANTE:	Nancy Yaneth Figueroa Cepeda.
DEMANDADO:	Healthfood SA
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
DECISIÓN:	Revoca sentencia.
Radicado	11001-31-05-029-2019-00408-01 11001310502920190040801

En Bogotá DC, a los veintidos (22) días de marzo de dos mil veinticuatro (2024), la Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados **Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo como ponente**, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto por el curador ad litem de la demandada, frente a la decisión adoptada por el Juzgado 23 Laboral del Circuito en el proceso ordinario laboral de Nancy Yaneth Figueroa Cepeda en contra de Healthfood SA.

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

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA.

I. ANTECEDENTES:

1.1 PRETENSIONES.

Nancy Yaneth Figueroa Cepeda accionó contra Healthfood SA, en procura de que se declare que se dio un pago deficitario en la liquidación de la demandante; en consecuencia, pide el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria del artículo

65 del CST.

1.2 HECHOS.

Como base de las pretensiones, aseveró que, la señora Figueroa Cepeda laboraba al servicio de la empresa Healthfood SA, con un contrato a término fijo inferior a un año; que devengaba como salario la suma de \$727.300 pesos, y que prestaba sus servicios en turnos de 6 am a 2 pm, 2 pm a 10 pm y 10 pm a 6 am. Que la demandante renunció en julio de 2016, por el no pago de recargos. Que la empresa le entregó una liquidación definitiva por valor de \$934.870 pesos, sin que le fuesen cancelados los recargos a los que tenía derecho.

1.3 CONTESTACIÓN DE DEMANDA.

La demandada a través de curador ad litem se opuso a las pretensiones, afirmó con respecto a los hechos, que el contrato de trabajo con la actora inicio el 12 de diciembre de 2015; que no le consta si le adeudan suma alguna a la demandante, y para enervar las súplicas formuló las excepciones de prescripción, buena fe, cobro de lo no debido, compensación e innominada.

1.4 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 6 de septiembre de 2022, declaró que existió un contrato de trabajo entre el 12 de diciembre de 2015 al 6 de julio de 2016, ordenando el reconocimiento de la suma de \$156.420 por concepto de recargos nocturnos, dominicales y festivos. Adicionalmente, la condena al pago de intereses de la condena desde agosto de 2018 y hasta cuando se verifique el pago de la obligación.

Para arribar a tal conclusión, argumentó que, según el caudal probatorio recaudado, teniendo en cuenta los turnos asignados a la actora, se le adeudan sumas por recargos nocturnos, dominicales y festivos, por un valor de \$156.420 pesos, lo que a juicio del a quo está probado.

Inconforme con la decisión, el curador ad litem de la demandada presenta recurso de apelación, manifestando que se aparta del análisis que realiza el despacho frente al

reconocimiento de estos recargos y que no es acertada la interpretación sobre un posible deuda sobre estas acreencias, fundamentado en lo siguiente:

“con relación a la condena que se imparte frente al reconocimiento de horas extras y recargos por valor aproximado a \$ 156.420 pesos, es claro para las partes que no obra una prueba conducente, pertinente y útil que permita, primero pues determinar este horario que se está solicitando tampoco, pues la prestación personal del servicio en los días que se están señalando, pues obviamente con la mera certificación y el análisis que ha hecho el despacho no se puede llegar a la conclusión de que efectivamente, pues este dinero se le adeuda a la parte demandante.

De igual forma me aparto de lo expuesto con relación a la procedencia de la sanción moratoria y ahí la presunta mala fe de la empresa Healthfood en el presente trámite, porque pues lógicamente esta no opera por derecho propio, pues las indemnizaciones, pues obviamente deben ser plenamente demostradas y la causación de las mismas”.

II. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Transcurrido el termino para alegar de conclusión, las partes guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1 PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO

Conoce la Sala de la apelación de la sentencia presentada por la parte demandada, de conformidad con lo señalado en los artículos 66 y 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

3.2 PROBLEMA JURÍDICO

Acorde con lo expuestos por las recurrentes, no existe controversia en relación con la existencia de un contrato de trabajo entre las partes; la inconformidad de las recurrentes se fundamenta en que no se demostró que se dio una presunta indebida liquidación de los pagos correspondientes a trabajos suplementarios y recargos correspondientes.

Entonces, reclama el demandante en su libelo demandatorio, el reconocimiento y pago de lo adeudado a su juicio por concepto de recargos nocturnos, dominicales y festivos, asegura que se vio obligada a renunciar a su trabajo, debido a que no lo eran cancelados los recargos laborados.

Sobre este hecho, el curador ad litem de la demandada al dar respuesta a la demanda manifestó que no le consta que le adeuden sumas de dinero a la extrabajadora, y que, en todo caso, la buena fe debe presumirse, teniendo en cuenta que la misma aceptó en su demanda haber recibido la suma de \$934.870 pesos a título de liquidación.

La Juez a quo contrario a lo manifestado llegó a la conclusión de que efectivamente sí se presentó un pago deficitario, correspondiéndole así el reconocimiento y pago de la suma de \$156.420 pesos a título de diferencias, además, de condenarle al pago de los intereses previstos en el artículo 65 del CST.

La juez al estudiar el problema jurídico llegó a la conclusión que se demostró que la extrabajadora laboró en dominicales y festivos, además causó recargo nocturno en los meses de mayo y junio del año 2016, por lo que, no se demostró efectivamente el trabajo en estos horarios en el mes de julio del mismo año.

Establecido lo anterior, la Juez al realizar las liquidaciones sobre los recargos por estos tiempos laborables, advirtió que se dio un pago deficitario, por ende, existe razones para condenar a la demandada al pago de las diferencias calculadas, además de condenarles al pago de intereses, conforme a lo normado en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

El precedente reiterado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido enfático en señalar que no cabe la suposición de las horas extras, sino que deben estar debidamente acreditadas, y sobre pruebas que infundan al fallador de precisión y claridad y menos de tener que hacer suposiciones acomodaticias, verbigracia en la sentencia CSJ SL3009-2017 expresó:

Tiempo de trabajo suplementario y complementario, recargos nocturnos. No se indicó en la demanda ni se demostró en verdad, qué días efectiva y realmente trabajó el actor al servicio de la empresa demandada, ni los horarios efectivamente trabajados, razón por la que no es posible acceder a la pretensión del pago de tiempo de trabajo suplementario y complementario, recargos nocturnos, máxime que como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia, no es dable suponer el número de horas extras o nocturnas laboradas, sino que requiere que estén debidamente invocadas y acreditadas, conceptos de los cuales se absolverá a la demandada.”

Y en la SL9318-2016:

Es que en verdad la demanda se exhibe débil e inconsistente, toda vez que, si el actor aspiraba a obtener en un juicio laboral, por ejemplo, el pago de horas extras, dominicales y festivos y, por ende, el reajuste de sus prestaciones sociales era menester asumir la carga procesal de indicar, en forma diáfana y cristalina, las razones y soportes de su inconformidad. Las súplicas generales o abstractas, a no dudarlo, lesionan frontalmente los derechos de defensa y contradicción, ya que ponen a la contraparte en la imposibilidad de asumir una oposición congruente frente a lo que se

implora.

Aquí, es importante recordar, que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas. Lo anterior, brilla por su ausencia.”

En este orden, no basta con que a la parte que aspira al reconocimiento del trabajo suplementario, discriminara en una tabla las fechas y horas laboradas, pues se trata de una declaración de la propia demandante y, por principio general, nadie puede fabricarse su propia prueba (CSJ SL, 15 jul. 2008, rad. 31637, CSJ SL, 14 ag. 2012, rad. 39292 y CSJ SL5109-2020).

Descendiendo al plenario, la a quo consideró en su decisión que se encontraron unas diferencias en la liquidación de los recargos nocturnos y periodos dominicales y festivos correspondientes a los meses de mayo y junio de 2016, esto en base a las pruebas aportadas por la demandante (Págs. 24 a 25 y 30 a 31, pdf. 01, C01), asegurando que les correspondía el reconocimiento de la suma de \$156.420 por concepto de diferencias de recargos nocturnos, dominicales y festivos.

Conforme a lo anterior, esta Corporación procederá a revisar las pruebas recaudadas, a efectos de determinar si existe o no diferencias por cancelar a la demandante:

Salario Més \$ 730.800																			
Día	Fecha	Turno	Desde	Hasta	Recargo Nocturno Ordinaria	Recargo Nocturno Dominical/Fest.	Hora Dominical ordinaria diaria	Hora dominical nocturna	Vi. Hora	Total Recargo nocturno ordinario 0,85	Total Recargo nocturno Dom./Fest. 2,5	Total Hora Dom. Ordinaria 1,1	Hora dominical nocturna 1,5	Total TRABAJO SUPLEMENTARIO					
Domingo	1/5/2014	3	10:00 p.m.	6:00 a.m.	0	2			0	0,212	0	0,735	0	20,236					
Lunes	2/5/2014	3	10:00 p.m.	6:00 a.m.	0				0	0,212	0	0,996	0	0,996					
Martes	3/5/2014	3	10:00 p.m.	6:00 a.m.	0				0	0,212	0	0,996	0	0,996					
Miércoles	4/5/2014	3	10:00 p.m.	6:00 a.m.	0				0	0,212	0	0,996	0	0,996					
Jueves	5/5/2014	3	10:00 p.m.	6:00 a.m.	0				0	0,212	0	0,996	0	0,996					
Viernes	6/5/2014	3	10:00 p.m.	6:00 a.m.	0				0	0,212	0	0,996	0	0,996					
Sábado	7/5/2014	3		Descanso					0	0,212		0	0	0					
Domingo	8/5/2014	1	6:00 a.m.	2:00 p.m.			0		0	0,212		0	28,266	28,266					
Lunes	9/5/2014	1	6:00 a.m.	2:00 p.m.			0		0	0,212		0	28,266	28,266					
Martes	10/5/2014	1	6:00 a.m.	2:00 p.m.					0	0,212			0	0					
Miércoles	11/5/2014	1	6:00 a.m.	2:00 p.m.					0	0,212			0	0					
Jueves	12/5/2014	1	6:00 a.m.	2:00 p.m.					0	0,212			0	0					
Viernes	13/5/2014	1		Descanso					0	0,212			0	0					
Sábado	14/5/2014	2	2:00 p.m.	10:00 p.m.					0	0,212			0	0					
Domingo	15/5/2014	2	2:00 p.m.	10:00 p.m.			0		0	0,212		0	28,266	28,266					
Lunes	16/5/2014	2	2:00 p.m.	10:00 p.m.					0	0,212			0	0					
Martes	17/5/2014	2	2:00 p.m.	10:00 p.m.					0	0,212			0	0					
Miércoles	18/5/2014	2	2:00 p.m.	10:00 p.m.					0	0,212			0	0					
Jueves	19/5/2014	2	2:00 p.m.	10:00 p.m.					0	0,212			0	0					
Viernes	20/5/2014	2	2:00 p.m.	10:00 p.m.					0	0,212			0	0					
Sábado	21/5/2014	2	2:00 p.m.	10:00 p.m.					0	0,212			0	0					
Domingo	22/5/2014	3	2:00 p.m.	10:00 p.m.			0		0	0,212		0	28,266	28,266					
Lunes	23/5/2014	3		Descanso					0	0,212			0	0					
Martes	24/5/2014	3	10:00 p.m.	6:00 a.m.	0				0	0,212	0	0,996	0	0,996					
Miércoles	25/5/2014	3	10:00 p.m.	6:00 a.m.	0				0	0,212	0	0,996	0	0,996					
Jueves	26/5/2014	3	10:00 p.m.	6:00 a.m.	0				0	0,212	0	0,996	0	0,996					
Viernes	27/5/2014	3	10:00 p.m.	6:00 a.m.	0				0	0,212	0	0,996	0	0,996					
Sábado	28/5/2014	3	10:00 p.m.	6:00 a.m.	2	0			0	0,212	0	2,208	0	0,721					
Domingo	29/5/2014	3	10:00 p.m.	6:00 a.m.		0			0	0,212		0	0,996	0,996					
Lunes	30/5/2014	3	10:00 p.m.	6:00 a.m.	0	2			0	0,212	0	0,735	0	20,236					
Martes	31/5/2014	3	10:00 p.m.	6:00 a.m.	0				0	0,212	0	0,996	0	0,996					
										01	10	12		TOTAL MAYO	\$ 305.678	\$ 121.817	\$ 119.085		\$ 546.580
Miércoles	3/6/2014	3	10:00 p.m.	6:00 a.m.	0				0	0,212	0	0,996	0	0,996					
Jueves	2/6/2014	3	10:00 p.m.	6:00 a.m.	0				0	0,212	0	0,996	0	0,996					
Martes	3/6/2014	3	10:00 p.m.	6:00 a.m.	0				0	0,212	0	0,996	0	0,996					
Miércoles	4/6/2014	3	10:00 p.m.	6:00 a.m.	2	0			0	0,212	0	2,208	0	0,721					
Domingo	5/6/2014	3	10:00 p.m.	6:00 a.m.					0	0,212	0	0	0	0					
Lunes	6/6/2014	3	10:00 p.m.	6:00 a.m.	0				0	0,212	0	0,735	0	20,236					
Martes	7/6/2014	3		Descanso					0	0,212			0	0					
Miércoles	8/6/2014	1	6:00 a.m.	2:00 p.m.					0	0,212			0	0					
Jueves	9/6/2014	1	6:00 a.m.	2:00 p.m.					0	0,212			0	0					
Viernes	10/6/2014	1	6:00 a.m.	2:00 p.m.					0	0,212			0	0					
Sábado	11/6/2014	1	6:00 a.m.	2:00 p.m.					0	0,212			0	0					
Domingo	12/6/2014	2		Descanso					0	0,212			0	0					
Lunes	13/6/2014	2	2:00 p.m.	10:00 p.m.					0	0,212			0	0					
Martes	14/6/2014	2	2:00 p.m.	10:00 p.m.					0	0,212			0	0					
Miércoles	15/6/2014	2	2:00 p.m.	10:00 p.m.					0	0,212			0	0					
Jueves	16/6/2014	2	2:00 p.m.	10:00 p.m.					0	0,212			0	0					
Viernes	17/6/2014	2	2:00 p.m.	10:00 p.m.					0	0,212			0	0					
Sábado	18/6/2014	2	2:00 p.m.	10:00 p.m.					0	0,212			0	0					
Domingo	19/6/2014	3		Descanso					0	0,212			0	0					
Lunes	20/6/2014	3	10:00 p.m.	6:00 a.m.	2	0			0	0,212	0	2,208	0	0,721					
Martes	21/6/2014	3	10:00 p.m.	6:00 a.m.					0	0,212		0	0,996	0,996					
Miércoles	22/6/2014	3	10:00 p.m.	6:00 a.m.					0	0,212		0	0,996	0,996					
Jueves	23/6/2014	3	10:00 p.m.	6:00 a.m.					0	0,212		0	0,996	0,996					
Viernes	24/6/2014	3	10:00 p.m.	6:00 a.m.					0	0,212		0	0,996	0,996					
Sábado	25/6/2014	3	10:00 p.m.	6:00 a.m.					0	0,212		0	0,996	0,996					
Domingo	26/6/2014	3		Descanso					0	0,212			0	0					
Lunes	27/6/2014	2	2:00 p.m.	10:00 p.m.					0	0,212			0	0					
Martes	28/6/2014	2	2:00 p.m.	10:00 p.m.					0	0,212			0	0					
Miércoles	29/6/2014	2	2:00 p.m.	10:00 p.m.					0	0,212			0	0					
Jueves	30/6/2014	2	2:00 p.m.	10:00 p.m.					0	0,212			0	0					
										12	0	2		TOTAL JUNIO	\$ 35.976	\$ 88.873	\$ -	\$ 28.181	\$ 126.629

Ahora, en la liquidación realizada por la primera instancia, la Sala nota las siguientes inconsistencias:

Los domingos 1 y 30 de mayo de 2016, cuando la jornada era de 10 pm a 6 de la mañana, la juez le aplicó un recargo dominical y festivos del 110%, cuando se generaron 2 horas con este recargo, o sea, de 10 pm a 12 pm de esos días, mientras que las restantes debían liquidarse como recargo nocturno ordinario.

Otro error que se evidenció, es el caso del horario dos, esto es, el que se desarrollaba entre las 2 pm a las 10 pm, como lo explicó la Juez para los días 28 y 29 de junio de 2016 dio una hora de recargo nocturno, cuando en realidad para esos días no se generó, en atención de que para esa data regía la modificación de la Ley 789 de 2002, que consagraba que el «trabajo nocturno es el comprendido entre las veintidós horas (10:00 p.m.) y las seis horas (6:00 a.m.)», contrario a lo indicado en las consideraciones del fallo revisado.

Una comparación entre la liquidación realizada por la empleadora, al verificarla con la

realizada por esta, resultan diferencias favorables a la extrabajadora, por ejemplo, en horas de recargo nocturno ordinario para el mes de mayo la empleadora reconoció 96 horas y para esta Sala únicamente se generaron 94, mismo caso para los recargos nocturnos festivos a estos le calculó sobre 24 horas y a la Sala solo 18, y por último, para el caso de los recargos dominicales y festivos ordinarios a la empleadora le resultaron 48 horas y a esa judicatura únicamente 32.

En el mes de junio, la empleadora reconoce 8 horas de recargo diurno festivo y recargo nocturno festivo, cuando en la liquidación de este Tribunal se causaron 6 horas de recargo nocturno festivo y 2 horas con recargo dominical. Por lo que, a todas luces se puede deducir que al ser más beneficiosa la liquidación realizada por el patrono no existe merito para condenar al pago de los recargos reclamados.

Al revocarse esta condena, subsidiariamente se revierte la decisión de la a quo respecto a la indemnización moratoria.

Conforme a lo antes expuesto, se revocará en su integridad la providencia de la primera instancia, llegando a la conclusión que deberá absolverse a la demandada de las pretensiones reclamadas.

3.3 COSTAS DEL PROCESO.

Las costas del proceso en primera instancia estarán a cargo de la demandante y en favor del curador ad litem de la demandada, fíjese como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal mensual vigente. No hay lugar a costas en esta instancia, por haber prosperado el recurso interpuesto.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

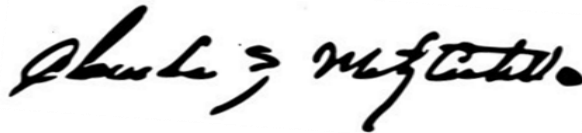
VI. DECIDE:

PRIMERO: Revocar la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, el 6 de septiembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral promovido por la señora Nancy Yaneth Figueroa Cepeda en contra de Healthfood SA, en consecuencia, se absuelve a la demandada de todas las pretensiones, conforme con las consideraciones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: Costas del proceso en primera instancia estarán a cargo de la demandante y en favor del curador ad litem de la demandada, fíjese como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal mensual vigente.

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

Los Magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



DEMANDANTE:	Jimmy Joel Sierra Sánchez.
DEMANDADO:	Compacta SAS; Continental de Bienes SA; Las Américas Inversión y Construcción SAS.
VINCULADAS:	Seguros del Estado SA
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
DECISIÓN:	Revoca parcialmente
Radicado	11001310502520150088401 <u>11001310502520150088401</u>

En Bogotá DC, a los veintidós (22) días de marzo de dos mil veinticuatro (2024), la Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados **Luz Marina Ibáñez Hernández**, **Rafael Albeiro Chavarro Poveda**, y **Claudia Angélica Martínez Castillo**, **quien actúa como ponente**, se reunió para resolver los recursos de apelación interpuestos por el demandante y las demandadas Compacta SAS y Amerinco SAS, frente a la decisión adoptada por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en el proceso ordinario laboral de Jimmy Joel Sierra Sánchez en contra de Compacta SAS, Bienco SA Inc y Amerinco SAS y al que fue llamada en garantía Seguros del Estado SA.

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

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA.

I. ANTECEDENTES:

1.1 PRETENSIONES.

Jimmy Joel Sierra Sánchez accionó contra las empresas Compacta SAS, Continental de Bienes SA ‘Bienco SA’, Las Américas Inversión y Construcción SAS ‘Amerinco SAS’, en procura de que se declare que entre él y Compacta SAS, existió un contrato laboral por duración de la obra que se prolongó del 16 de agosto de 2013 al 7 de marzo de 2015; que la empleadora incumplió su obligación de pago de aportes a la seguridad social,

además, adeuda sumas por conceptos de reembolso de caja menor, 7 días de salario, pago de un día dominical, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, compensación de vacaciones, indemnización moratoria por falta de depósito de cesantías, indemnización por despido injusto, indemnización moratoria por falta de pago, que las condenas sean indexadas, y se condene solidariamente a las Empresas Bienco SA y Amerinco SAS.

1.2 HECHOS.

Como fundamento de las pretensiones aseveró que laboró al servicio de Compacta SAS desde el 16 de agosto de 2013, mediante un contrato por duración de la obra, sus labores eran las Ingeniero Residente General de Obra en el proyecto de vivienda Forte Novo de propiedad de Amerinco SAS y Bienco SA INC era la encargada de vender las unidades residenciales.

Asegura que devengaba un salario de \$2.200.000 pesos, pero la empleadora no efectuó el pago de los aportes a pensión al fondo en que se encontraba afiliado. Adicionalmente, en febrero de 2015, realizó, con la anuencia de su patrón, una compra de materiales por valor de \$450.000 que éste no le reembolsó.

Explicó el 5 de marzo de 2015 la empleadora le comunicó que el contrato terminaría el 7 de marzo, pero la obra continuó hasta el 30 de mayo de 2015 cuando culminó. Señaló que le adeudan los últimos 7 días de trabajo y el dominical correspondiente al 8 de marzo de ese año, las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, pago de días de salarios, reembolso de compras de materiales, los aportes a la seguridad social, indemnización moratoria por falta de pago e indemnización moratoria por la no consignación de las cesantías durante todo el tiempo servido.

1.3 CONTESTACIÓN DE DEMANDA.

La demandada Bienco SA INC se opuso a las pretensiones, afirmó que no le constan los hechos de la demanda en lo referente a la vinculación laboral con Compacta SAS, y que esa entidad no era beneficiaria de la obra, y su actividad se circunscribió únicamente a la comercialización del proyecto de vivienda; para enervar las súplicas formuló la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de requisitos para aducir responsabilidad solidaria e innominadas, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe.

Amerinco SAS se opuso a las pretensiones, en cuanto a los hechos relacionados con la relación de trabajo del actor con la empresa Compacta los desconoció y destacó que no se benefició ni directa ni indirectamente por la labor que ejecutaba el señor Sierra González al servicio de la empleadora. Formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, pago parcial, ausencia de responsabilidad solidaria e innominada y llamó en garantía a Seguros del Estado SA.

Compacta SAS al contestar su demanda, se opuso a lo pretendido. Manifestó que el vínculo con demandante estuvo mediado por un contrato por obra o labor para el proyecto Forte Novo, allí, según dijeron, pactaron el pago de las cesantías a la finalización del contrato, y que la construcción del proyecto concluyó el 7 de marzo de 2015. En su defensa propuso las excepciones de pago, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones reclamadas, compensación, buena fe, prescripción e innominada.

Mediante providencia del 23 de agosto de 2017, el Juez admitió el llamamiento en garantía a Seguros del Estado SA, entidad que respondió asegurando que no le constan los hechos, y oponiéndose a las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía. Formuló las excepciones de buena fe, incumplimiento de requisitos para el llamamiento en garantía, ineficacia del término legal y judicial para la vinculación del llamado en garantía.

1.4 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 24 de junio de 2022, declaró que existió un contrato de trabajo, término indefinido desde el 21 de agosto de 2013, fecha final el 7 de marzo de 2015, condenó solidariamente a Compacta SAS y Amerinco SAS al reconocimiento y pago de \$3.433.333 pesos por concepto de despido injusto a favor del demandante que deberán ser indexadas en el momento de su pago, absolvió a Bienco SA y a Seguros del Estado SA. Aclarada con posterioridad. En lo que interesa a los recursos interpuestos, el Juez argumentó lo siguiente:

Es claro para este operador judicial que la solidaridad sí opera en el caso que se examina frente a Compacta SAS como contratista independiente y verdadero empleador y Amerinco SAS como dueño y beneficiario de la obra, pero no frente a la demandada social Bienco SA INC, tal como lo dispone el artículo 34 del Código sustantivo del trabajo, cuando quiera que los objetos sociales de las dos encartadas iniciales.

No se trata de labores extrañas entre ellas a las actividades normales de su empresa o el giro de sus negocios, de suerte que serán esas demandadas solidariamente responsables frente al demandante señor Sierra Sánchez, por el valor de los salarios, de prestaciones e indemnizaciones a que tenga el administrador, y así lo declara el despacho.

Respecto a la terminación del contrato de trabajo, el juez de primer grado manifestó:

En el presente proceso no se tiene una prueba contundente, documental o testimonial que de plena certeza este juzgador de cuándo terminó la obra, en la cual el aquí demandante prestó sus servicios, y para lo que fue contratada por Compacta SAS, esto es para la obra proyecto Forte Novo, sin embargo, del contrato celebrado por las partes demandante y demandada Compacta SAS, se tiene que los numerales 1 y 3, se consignó lo siguiente: “1 duración las partes acuerdan celebrar este contrato trabajo por el término que dure la ejecución del proyecto de vivienda denominado Forte Novo, ubicado en la ciudad de Bogotá, Distrito Capital, en la carrera 18 número 183-50. Tercero, fecha de financiación del contrato las partes acuerdan como fecha que debe tenerse como el otro extremo laboral, es decir, la fecha de terminación, aquella en la que se termine la obra, para lo cual es contratado el trabajador o unilateral.”.

De esta forma, nótese que, en el contrato suscrito por las partes, no está concretamente determinada y limitada la especificidad de la duración de la obra o la labor contratada, que no se desprende de la naturaleza de labor por la temporalidad de suerte que es dable entenderse que su duración es indefinida, pues debe reiterarse que en estos tipos de contratos debe determinarse y delimitarse con claridad. Se subraya en este caso del proyecto de construcción del edificio Forte Novo para lo cual fue contratado el promotor de litigio, lo que no ocurrió en el caso sub iudice.

Con lo anteriormente analizado por el juzgado, se puede concluir que le existe razón a la parte demandante en señalar que el despido se tornó injusto e imputable al empleador pese a que las partes pactaron un contrato al que denominaron contrato individual de trabajo de duración de la obra, pero él mismo no se cumplió con los requisitos mínimos...”

Respecto al pago de cesantías, el a quo argumentó:

Sin embargo, sobre los conceptos de cesantías e intereses a las cesantías, aduce la parte actora en los hechos de la demanda que el empleador demandado durante el interregno laboral no los consignó un fondo como era su deber hacerlo, en efecto, se revisaron las pruebas documentales y no existe a favor de la aquí accionada elemento material probatorio que desvirtúe lo dicho por el demandante, máxime cuando esta última sostuvo que había acordado verbalmente con el demandante. Que esos conceptos serían pagados al mismo por el tipo de contrato y la labor desempeñada, teniendo con ello un grado de favorabilidad al trabajador, teniendo en cuenta que el auxilio de cesantías, así como los intereses de las mismas, son de imperativo legal, son normas de orden público, como lo dispone el artículo 249 y 254 del Código Sustantivo del Trabajo.

Es claro que en el caso que nos ocupa, que el demandado canceló directamente a favor del demandante concepto de cesantías, los cuales debieron ser consignados es a un fondo respectivo, y no a él directamente por ello, en aplicación la norma sustantiva se condenará al demandado Compacta SAS al pago de estas acreencias laborales en las siguientes cuantías, con excepción de las causadas en el último año de servicio.

Respecto a la absolución por la indemnización moratoria de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el Juez de primer grado advirtió:

Al respecto, se debe señalar que el numeral tercero del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 dispuso que antes del 15 de febrero se deben consignar las cesantías que se deben liquidar a 31 diciembre y por su incumplimiento contempla una sanción el pago de un día de salario por cada día de retardo, pero dicha sanción es automática, sino que proceda solo si el retardo se ha producido por mala fe del empleador...

(...)

Así las cosas, al haberse ordenado el pago de las garantías por el periodo correspondiente en los años 2013 a 2015 como sanción, esto es decretándose la pérdida del valor pagado en armonía, lo dispuesto en el artículo 254 del Código Sustantivo del Trabajo, no procederá la sanción bajo estudio, puesto que si bien el empleador actuó en su momento contrario a derecho, dado que le hizo entrega al actor de los citados dineros en cada año respectivo y de manera directa, como quedó probado

dentro del proceso, sin que se avizoré mala fe, ni se pueda sancionar dos veces por el mismo hecho, nom bis in ídem...

Frente al pago de los aportes a la seguridad social, el juez dictaminó.

Sobre los aportes a pensión con destino a la AFP Protección, el demandante señala que el demandado no pagó los aportes para pensión. Al respecto, se repara que, si bien es cierto, no hay documental que demuestren lo señalado por el demandante, también lo es que a cargo de la parte demandada no se aportó documento que demuestre dicho pago.

Así las cosas, como quiera que se trata de un imperativo legal de una norma de orden público, frente a la cual no se admite conciliación, transacción o desistimiento alguno. En ese sentido, se condenará a realizar el pago de aportes de pensión en el ente de seguridad social al que se encuentra afiliado al demandante

Finalmente, en cuanto a la responsabilidad de la llamada en garantía, este afirmó:

Observa el despacho que, en efecto le asiste razón al llamado en garantía, toda vez que, siendo aceptada el llamamiento en garantía mediante proveído del 23 de agosto de 2017, que obra folios de 227 a 228, luego de los actos tendientes a la notificación de la misma, se evidencia que se notificó personalmente, según acta de vigencia de notificación, personal visible a folio 71 del plenario solo hasta el 31 de julio de 2018, es decir, después de 11 meses, 8 días, con lo cual se ha configurado la ineficacia del llamamiento en garantía, dado que se superó a todas luces el término legal de los 6 meses para tales efectos.

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación, respecto a la declaratoria de no solidaridad con Bienco SA, considerando que esa empresa también fue beneficiaria de la labor del señor demandante. Adicionalmente, cuestiona la decisión del juez de no condenar a la indemnización, moratoria del artículo 99 de la Ley 50 del 90, desconociendo que el no consignar las cesantías en el periodo correspondiente, es una conducta que se considera no constitutiva de buena fe.

Compacta presentó inconformidad sobre la condena a la indemnización por despido injusto, la recurrente argumentó que no hubo una correcta valoración de las pruebas, que el hecho de que el representante legal de Amerinco indicase que el actor siguió prestando algunos servicios, desconociendo que la obra realizada por Compacta finalizó el 7 de marzo de 2015, y no por un despido unilateral del empleador.

Un segundo cuestionamiento tiene que ver con el pago de cesantías, fundamentado en que se acordó con el demandante el pago de las cesantías acumulado al finalizar el vínculo, acuerdo que a su juicio no violenta el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y que el mismo se pactó bajo el postulado de la buena fe, siendo más beneficioso para el trabajador porque se pagarían con el último salario. Además, pide que se aplique la excepción de compensación, reconociendo el pago de las sumas pagadas en mayor valor.

Por otra parte, reprocha la aplicabilidad de la indemnización moratoria, que considera incompatible con la condena por indexación, y la condena por aportes a la seguridad social, señalando que el a quo no valoró debidamente las pruebas para estudiar este cargo. Finalmente, presenta inconformidad frente a la decisión respecto de la responsabilidad de la llamada en garantía.

La demandada Amerinco critica la decisión del despido injusto, asegurando que la obra terminó el 7 de marzo de 2015, y que a partir de allí no se requería de un residente. Además, coincide con el apoderado de Compacta en que la contratación se dio de buena fe, por lo que, no puede alegar ese hecho de que no se pagó al finalizar el contrato, se dé por probada la mala fe del demandante.

II. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Transcurrido el término de traslado, las partes guardaron silencio durante esta oportunidad procesal.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1 PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO

Conoce la Sala de la apelación de la sentencia presentada por la parte demandante y demandada Compacta SAS y Amerinco SAS, de conformidad con lo señalado en el artículo 66 y 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

3.2 PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala se ocupará de analizar, si la sentencia acusada está o no conforme a derecho.

3.3. DE LA SOLIDARIDAD RESPECTO DE BIENCO SA

En sus pretensiones la parte activa pidió la condena solidaria a Continental de Bienes SA, para que responda por el pago de las prestaciones sociales y derechos laborales adeudadas por la demandada Compacta.

Sobre esto, el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, regla lo siguiente:

ARTICULO 34. CONTRATISTAS INDEPENDIENTES.

1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas. (Negrilla de la Sala)

Ninguna discrepancia se presentó durante el proceso en punto a que la vinculación del señor Jimmy Joel Sierra Sánchez se prolongó entre el 21 de agosto de 2013 al 7 de marzo de 2015, estuvo regulada por un contrato de trabajo, y ejerció funciones en el proyecto Forte Novo, como ingeniero residente de obra.

Sin embargo, el juzgado no acogió los pedimentos del actor, para ello aseguró que: «Es claro para este operador judicial que la solidaridad sí opera en el caso que se examina frente a Compacta SAS como contratista independiente y verdadero empleador y Amerinco SAS como dueño y beneficiario de la obra, pero no frente a la demandada social Bienco SA INC», y explicó:

No se trata de labores extrañas entre ellas a las actividades normales de su empresa o el giro de sus negocios, de suerte que serán esas demandadas solidariamente responsables frente al demandante señor Sierra Sánchez, por el valor de los salarios, de prestaciones e indemnizaciones a que tenga el administrador, y así lo declara el despacho.

La conclusión del juzgado coincide con la empresa Bienco, que admitió que esa firma era la encargada de la comercialización del proyecto devengando comisiones por ventas y que nunca se benefició de la labor realizada por el señor Sierra Sánchez.

Sobre ese punto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4322-2021, al estudiar los aspectos pertinentes a la solidaridad, consideró:

Frente a lo anterior, basta con recordar que la figura de la solidaridad fue instituida en la normatividad sustantiva laboral, con el fin de garantizar el pago de las acreencias laborales de los trabajadores cuando se presenta la contratación de trabajos u obras por parte de empresas a través de contratistas, siendo beneficiarias o dueñas de la obra las primeras. Así fue memorado, recientemente, en la sentencia CSJ SL3111-2021, en la que se indicó:

Fuera de lo observado, en sentencia CSJ SL 4430 -2018, sobre el propósito de la institución jurídica de la solidaridad en la responsabilidad del beneficiario del trabajo, apuntaló la Sala:

«No debe perderse de vista que la razón histórica que inspiró la consagración normativa de la solidaridad que hoy ocupa la atención de la Sala, fue evitar que los derechos de los trabajadores

fueran burlados cuando los grandes empresarios contrataran la ejecución de una o más obras y los contratistas o subcontratistas no tuvieran la solvencia económica para responder por las acreencias laborales causadas, de tal manera que pudiera acudir a obligar al beneficiario de ella a satisfacerlas, facultándole a su vez la acción de repetición por lo pagado».

También, ha sido enfática esta corporación en considerar que dicha solidaridad es aplicable, salvo que los servicios o la obra contratada traten actividades extrañas a las que normalmente desarrolla la empresa contratante, y además que, la pluritada figura no guarda relación alguna con la vinculación del trabajador, pues es diáfano que se pregona únicamente respecto al contratista independiente, lo que deriva, sencillamente, en que el deudor solidario, en calidad de contratante, tan solo sea un garante de las obligaciones laborales adeudadas por el empleador.

Vale la pena, entonces, traer a colación lo expuesto en la sentencia CSJ SL3718-2020, en la que se discurrió:

La jurisprudencia ha considerado que la solidaridad legal prevista en el art. 34 del CST entre el beneficiario o dueño de la obra y el contratista independiente tiene como objetivo central garantizar la protección de los trabajadores en lo que respecta al reconocimiento y pago efectivo de las acreencias laborales, producto de la contratación que efectúe el beneficiario o dueño de la obra con un contratista independiente para la realización o prestación de una obra o servicio determinado, salvo que se trate de labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de aquel. Así lo ha dicho esta Corporación en sentencias CSJ SL, 26 sept. 2000, rad. 14038, 1 marzo 2010, rad. 35864 y SL217-2018, entre otras, donde ha sostenido:

[...] el legislador, con el sentido proteccionista que corresponde al derecho laboral, previendo la posibilidad de que el contrato por las grandes empresas, como vehículo que les sirva para evadir las obligaciones sociales, y dada la frecuencia con que los pequeños contratistas independientes caen en la insolvencia o carecen de la responsabilidad necesaria, sin desconocer el principio de que el beneficiario de la obra no es en caso alguno el sujeto patronal, estableció expresamente, a favor exclusivo de los trabajadores, la responsabilidad solidaria del contratista y del beneficiario por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que puedan tener derecho, sin perjuicio de que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o repita con él lo pagado a esos trabajadores.

Para la Corte,

[...] esta figura jurídica [refiriéndose a la solidaridad] no puede asimilarse ni confundirse con la vinculación laboral..., pues tiene cada una alcances y consecuencias distintas. Es claro que la vinculación de carácter laboral es con el contratista independiente y que el obligado solidario no es más que un garante para el pago de sus acreencias, de quien, además, el trabajador puede también exigir el pago total de la obligación demandada, en atención al establecimiento legal de esa especie de garantía. [...]

De esta manera lo ha dicho esta Corporación:

‘La fuente de la solidaridad, en el caso de la norma, no es el contrato de trabajo ni el de obra, aisladamente considerados, o ambos en conjunto, sino la ley: esta es su causa eficiente y las dos convenciones su causa mediata, o, en otros términos: los dos contratos integran el supuesto de hecho o hipótesis legal. Ellos y la relación de causalidad entre las dos figuras jurídicas son los presupuestos de la solidaridad instituida en la previsión legal mencionada (Sent., 23 de septiembre 1960, “G.J.”, XCIII, 915).’...” Sentencia CSJ SL de 26 de sept. de 2000, n.º 14038.

Partiendo de ese precedente judicial, considera esta Sala que el pronunciamiento del Juez de primer grado es acertado, en atención a que tal y como se demostró dentro del plenario, el beneficiario de la obra fue la empresa Amerinco SAS, pues contrató con la empleadora Compacta SAS (Págs. 5 a 9, PDF. 10, C01), la construcción de la obra del proyecto Forte Novo.

Aunado a ello, estas dos empresas firmaron otro sí al contrato de fecha 11 de julio de 2013 (Pág. 10, ídem), sin que en ninguno de estos acuerdos hubiese intervenido la

empresa Continental de Bienes SA, Bienco SA, por ende, puede concluirse que está última no podía considerarse como beneficiaria de la obra. Por lo tanto, el cargo contra ese punto de la sentencia no prospera.

3.4. INDEMNIZACIÓN MORATORIA DEL ARTÍCULO 99 DE LA LEY 50 DE 1990

Sobre este aspecto objeto de debate, se trae a colación, lo normado en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, norma que señala:

1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.

La parte demandante discute la decisión del juez de primera instancia al exonerar a la demandada del pago de la sanción derivada de la falta de depósito de las cesantías durante todo el tiempo laborado, asegurando que la entidad nunca las consignó, y al no haberse probado el pago oportuno, ello evidencia un actuar desligado de la buena fe contractual.

Contrario sensu, la empresa Compacta señaló al momento de responder la demanda que existió un convenio entre las partes, quienes acordaron a la finalización del contrato pagar las cesantías con el último salario devengado, destacando que ese acuerdo fue pactado de buena fe, y que el interesado nunca se reveló frente a ese pacto contractual.

Ahora, las pruebas arrimadas al plenario, entre ellas la liquidación del 13 de marzo de 2015, que contiene el pago de las cesantías del 21 de agosto de 2013 al 8 de marzo de 2015 (pág. 89, carpeta 15, C01), por valor de \$3.446.666,67, da cuenta de la ausencia de depósito de dicho auxilio al fondo correspondiente.

En orden con lo anterior, para establecer la procedencia o no de la sanción reclamada, deben seguirse las reglas jurisprudenciales vertidas, entre otras, en sentencia SL-8216 de 2016, en que la Corte Suprema de Justicia, señaló que su imposición no es automática y que es necesario auscultar el acervo probatorio para determinar si el comportamiento del empleador ofrece verdaderas justificaciones que lo lleven a considerar como un acto de buena fe:

Esta corporación, reiteradamente, ha puntualizado que la sanción moratoria prevista en los arts. 65 del CST y 99 de la L. 50/1990, procede cuando quiera que, en el marco del proceso, el empleador no aporte razones satisfactorias y justificativas de su conducta. Para esto, se ha dicho que el juez debe adelantar un examen riguroso del comportamiento que asumió el empleador en su condición de deudor moroso, y de la globalidad de las pruebas y circunstancias que rodearon el desarrollo de la relación de trabajo, en aras de establecer si los argumentos esgrimidos por la defensa son razones y aceptables.

De igual modo, la Sala ha estimado que la buena o mala fe no depende de la prueba formal de los convenios o de la simple afirmación del demandado de creer estar actuando conforme a derecho, pues, en todo caso, es indispensable la verificación de «otros tantos aspectos que giraron alrededor de la conducta que asumió en su condición de deudor obligado; vale decir, además de aquella, el fallador debe contemplar el haz probatorio para explorar dentro de él la existencia de otros argumentos valederos, que sirvan para abstenerse de imponer la sanción» (CSJ SL9641-2014).

Conforme a lo expuesto, el simple acuerdo de voluntades sobre el pago del auxilio de cesantías a la finalización del contrato no es susceptible de concederle validez, en razón a que, por tratarse de una norma de orden público, las partes carecen de la posibilidad de modificar su contenido. En efecto, a más tardar el día 14 de febrero del año siguiente, los empleadores deben consignar las cesantías a cada trabajador, por lo tanto, la violación del citado precepto sin justificación alguna no puede considerarse constitutiva de buena fe contractual.

La conducta del empleador al conocer que la obra para la que contrató al demandante se prolongaría más allá del plazo legal para depositar las cesantías, da cuenta de su intención de subvenir el orden legal y de esquilmar el derecho del trabajador, de ahí que, sin duda, a juicio de esta Sala sí existió mala fe de la empleadora. Con fundamento en ello, saldrá avante el cargo propuesto por el extremo activo y se dispondrá el reconocimiento de la indemnización así:

Salario	Salario Diario	Fecha Inicio	Fecha Final	Días para pagar	Valor Adeudado
\$ 2.200.000	\$ 73.333	15/02/2014	14/02/2015	365	\$ 26.766.667
\$ 2.200.000	\$ 73.333	15/02/2015	7/03/2015	21	\$ 1.540.000
				Total, Indemnización	\$ 28.306.667

Correspondiéndole así a título de esa indemnización, la suma de veintiocho millones trescientos seis mil seiscientos sesenta y siete pesos (\$28.306.667).

3.5. DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO.

La discusión planteada por el extremo activo en este punto es que el contrato que ató a las partes no feneció el 7 de marzo de 2020, dado que en esa data no finalizó la obra para la cual se le contrató. Hecho que discute la demandada, advirtiendo de que la obra

si finalizó en ese momento.

Al respecto debe decirse que, para la terminación de un contrato de trabajo, la regla del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo enseña que, puede darse por terminado el contrato cuando finalice la obra o labor contratada.

El Juez de primer grado, al decidir lo atinente a la duración del contrato, refirió: *«En el presente proceso no se tiene una prueba contundente, documental o testimonial que de plena certeza este juzgador de cuándo terminó la obra, en la cual el aquí demandante prestó sus servicios, y para lo que fue contratada por Compacta SAS».*

Adicionalmente, el a quo añadió: *«nótese que, en el contrato suscrito por las partes, no está concretamente determinada y limitada la especificidad de la duración de la obra o la labor contratada, que no se desprende de la naturaleza de labor por la temporalidad de suerte que es dable entenderse que su duración es indefinida».*

Revisado el contrato pactado entre ambas partes, en cuanto a la fecha de finalización del contrato, señaló: *«Las partes acuerdan como fecha que debe tenerse como el otro extremo laboral, es decir la fecha de terminación, aquella en que se termine la obra para la cual es contratado el trabajador o unilateral».*

Mientras tanto, la cláusula quinta del contrato de trabajo consagró: *«El presente contrato se terminará por la terminación de la obra para la cual fue contratado el trabajador, entendiéndose como tal el proyecto de vivienda denominado Forte Novo, del cual es gerente de dicho proyecto la empresa».*

Sobre el tópico de la duración contractual, nuestro órgano de cierre en sentencia SL1614-2023, establece que:

Por ello, en principio, resulta plenamente legítimo que el empleador ofrezca a un trabajador la modalidad de vinculación que más convenga a sus necesidades, como el contrato determinado por un plazo fijo, o que los dos en cierto punto de su relación laboral decidan, libre y voluntariamente, terminarla para empezar otra *diferente* o modificar algunos de sus puntos trascendentales, en ejercicio pleno de la autonomía de la voluntad, tal como la opositora lo refirió en la réplica.

Con todo, la Corte no ha desconocido que, frente a supuestos de suscripción de varios contratos de trabajo, como sucede en el asunto, **las formas jurídicas previstas por el legislador no pueden ser indebidamente utilizadas por el empleador para propósitos, como el de eludir las garantías mínimas legales establecidas a favor de los trabajadores.** (Negrilla de la Sala)

Sobre la duración de la obra, la Corte en sentencia SL1052-2022, puntualizó:

En efecto, de acuerdo con el artículo 45 del Código Sustantivo del Trabajo las partes están habilitadas para suscribir un contrato de trabajo por «*el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada*». De ahí que su duración queda sujeta a la consecución de un resultado determinado, «*impidiéndose de esa manera perpetuarse en el tiempo, caso en el cual sería de carácter indefinido*» (CSJ SL2176-2017); sin embargo, en ningún caso, el término de este tipo de acuerdos puede depender llanamente de la voluntad o capricho del empleador, sino que deberá tenerse en cuenta la esencia misma del servicio prestado, porque de lo contrario, su finalización se tornaría sin justa causa.

Partiendo del precedente citado, procede analizar las razones por la empresa para dar por finalizado el contrato. En la misiva que finiquito se indicó: «*Nos permitimos informarle que Compacta SAS ha resuelto dar por terminado el contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada que lo vincula con la empresa a partir del día 07 de marzo de 2015*».

Ahora, de esa comunicación no se extrae que la terminación se debiera a la finalización de la obra, máxime si en el contrato no se determinó puntualmente cuál sería la extensión de la obra para la cual fue contratado, o si este estaría vinculado únicamente para una etapa de esta, por ende, tal y como lo consideró el juez de primer grado, no se satisfacen los presupuestos del contrato por duración de la obra o labor y el contrato pasa a tener connotación de indefinido, y el finiquito se concluye que fue sin justa causa. Por lo anterior, no prospera el recurso en este sentido.

3.6. DEL PAGO DE CESANTÍAS.

El punto de discordia sobre este tópico, lo propone la demandada Compacta, quien asevera que actuó de buena fe en la relación pactada con el extremo activo, destacando que entre ambos habían acordado que las cesantías serían pagadas al finalizar el vínculo empleatício. Además, solicita que, si se declara un pago irregular, se autorice la compensación de las sumas pagadas en exceso.

Sobre ese aspecto, se trae nuevamente a colación, lo normado en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que indica:

1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año

siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.

En este caso, la norma exige que se haga una liquidación al finalizar el año laboral, por la anualidad o por fracción de año, y, además, se contempla que su consignación al fondo administrador deberá realizarse antes del 15 de febrero del año siguiente; prerrogativa que no cumplió la entidad demandada. Independiente de lo que se hubiese acordado entre las partes, lo cierto es que la empleadora tenía una carga que no cumplió, por lo que, no se puede dar por válido su actuar, cuando este contravino totalmente lo dispuesto en la ley.

Mientras tanto, el artículo 254 del Código Sustantivo del Trabajo, regla que establece lo siguiente: *«Se prohíbe a los empleadores efectuar pagos parciales del auxilio de cesantías antes de la terminación del contrato de trabajo, salvo en los casos expresamente autorizados, y si los efectuaren perderán las sumas pagadas, sin que puedan repetir lo pagado».*

En esa línea, esta Sala considera acertada la decisión del a quo, porque el precepto de la norma sustancial es enfático al contemplar que se pierden las sumas canceladas irregularmente y que no hay lugar a la compensación, ya que no puede repetirse lo pagado.

Finalmente, debe advertir esta Corporación, que, si bien la recurrente alega un presunto enriquecimiento sin causa, no hay que olvidar que, al actuar irregular de la empleadora, no solo impidió que dicho auxilio fuese consignado con apego a lo normado en la ley, sino que este accionar no permitió que el trabajador obtuviese beneficios, tales como los intereses que pudieron generarse a su favor.

En consecuencia, acorde con lo antes esbozados, no prospera el recurso sobre este punto.

3.7. DE LA INDEXACIÓN LABORAL.

Sobre la solicitud de indexación, el juez a quo en su sentencia dispuso lo siguiente:

Tercero: Condenar a las demandadas Compacta Sas y Amerinco Sas e insolidaridad a pagar al extrabajador hoy demandante, Jimmy Joel Sierra Sánchez, por concepto de cesantías, intereses en las cesantías, la suma de \$3.292.870,44 sumas que deberán ser indexadas al momento de su pago, conforme a la dedicación efectuada por este despacho por lo motivado.

Cuarto: Declarar y condenar a las demandadas Compacta Sas y Amerinco Sas en solidaridad, quienes deben al extranjero aquí demandantes. Jimmy Joel Sierra Sánchez la indemnización del

artículo 65 del Código sustantivo del trabajo a razón de \$73.333 pesos diarios a partir del 8 de marzo de 2015 hasta por 24 meses o hasta cuando se verifique el pago. Y a partir de la iniciación del mes 25, se reconocerá al trabajo interés moratorios, a la tasa máxima de crédito de libre asignación, certificados por la supervisión bancaria. Hasta cuando el pago se realice, concepto a este que por los primeros 24 meses ascienden a la suma de \$52.799.760 pesos sumas deberán ser indexadas al momento de su pago por el motivado.

Sobre la solicitud de indexación laboral, nuestro órgano de cierre en sentencia Rad. 35550, del 13 de abril de 2010, señaló:

Vistos los antecedentes descritos, considera la corte que el Tribunal no incurrió en los yerros que le atribuye el recurrente, pues es claro que la aplicación de la indemnización moratoria, per se, no descarta la aplicación de la indexación, pues si bien en algunos eventos, la jurisprudencia ha venido estimando que por falta de pago de salarios y/o prestaciones sociales no es procedente que se imponga en forma simultánea la susodicha carga indemnizatoria, y a la vez, la corrección monetaria de esos mismos valores, por cuanto ello equivaldría a una doble sanción, también se ha estimado, que las dos pueden proceder en una misma sentencia, cuando se condena a la indemnización moratoria por falta de pago de salarios o prestaciones sociales y la indexación por no pago oportuno de otros créditos laborales, como sería la indemnización por despido injusto, vacaciones, etc., conceptos estos que no tienen otra forma de resarcimiento y que no son prestaciones sociales.

Este concepto ha sido reiterado por la Corte en su sala de decisión permanente, y la sala de Descongestión, por ejemplo, en sentencias Rad. 44385 del 18 de septiembre de 2012, sentencia Rad. 40067 del 22 de enero de 2013 y la sentencia CSJ SL3112 de 2023, entre otras. Por consiguiente, no procede el reconocimiento de la indexación sobre las sumas debidas por concepto de cesantías, por ser incompatible con la indemnización moratoria concedida.

Lo mismo sucede con la indexación de la indemnización moratoria por falta de pago, la cual, tiene un fin sancionatorio, y no se permite imponer doble condena a la empleadora por una misma conducta, por lo cual, se revocará parcialmente estos numerales, exonerando a la demandada del pago de las prestaciones e indemnización moratoria sin ser debidamente indexadas.

3.8. DE LA CONDENA AL PAGO DE APORTES EN PENSIÓN

Sobre esta pretensión, el juez de primer grado decidió emitir condena por estos conceptos, argumentando para ello, que:

Sobre los aportes a pensión con destino a la AFP Protección, aportes a pensiones el demandante señala que el demandado no pagó los aportes para pensión al respecto, se repara que, si bien es cierto, no hay documental que demuestren lo señalado por el demandante, también lo es que a cargo de la parte demandada no se aportó documento que demuestre dicho pago.

Así las cosas, como quiera que se trata de un imperativo legal de una norma de orden público, frente a la cual no se admite conciliación, transacción o desistimiento alguno. En ese sentido, se condenará a realizar el pago de aportes de pensión en el ente de Seguridad Social al que se encuentra afiliado al demandante, que en el caso que nos ocupa se encuentra afiliado a la AFP Protección correspondientes al lapso comprendido entre el 21 de agosto de 2013 al 7 de marzo de 2015, sobre la suma de \$2.200.000 pesos, previo cálculo actuarial que emita la entidad pensional para los efectos conducentes.

La parte demandada cuestionó lo decidido en la sentencia sobre el pago de aportes a la seguridad social, el recurrente aseguró que no se dio una valoración adecuada de las pruebas arrimadas al plenario, dado que a su juicio si se demostró el cumplimiento de esta obligación.

De las pruebas arrimadas al plenario, se evidencian las siguientes constancias de pago, en cuanto a la seguridad social se refiere:

Periodos	Folio	Fecha de pago
Agosto 2013	435, 436	Fecha ilegible
Septiembre 2013	411	29-10-2023
Octubre 2013	384, 442	03-12-2013
Noviembre 2013	351, 352	24-12-2013
Diciembre 2013	328, 329, 330, 348	03-02-2014
Enero 2014	321, 322, 464	04-03-2014
Febrero 2014	313, 462	21-03-2014
Marzo 2014	296, 299	23-04-2014
Abril 2014	272, 273, 274	28-05-2014
Mayo 2014	558	26-06-2014
Junio 2014	561, 562	25-06-2014
Julio 2014	531, 532	19-08-2014
Agosto 2014	507	30-09-2014
Septiembre 2014	497	08-09-2014
Octubre 2014	483, 486	Fecha ilegible
Noviembre 2014	475, 480	Fecha ilegible
Diciembre 2014	469, 471	03-02-2015
Enero 2015	464, 467	Fecha ilegible
Febrero 2015	461, 462	Fecha ilegible

Queda demostrado que la empresa cumplió con el pago de cotizaciones, desde agosto de 2013 a febrero de 2015, pero no se prueba el pago de estos aportes referentes al periodo laborado correspondiente a marzo de 2015. Debido a lo anterior, se dispondrá a revocar parcialmente la condena por aportes en pensión en favor del señor Jimmy Joel Sánchez, y únicamente se le condenará al pago del periodo correspondiente del 1° al 7° de marzo de 2015, en caso de que no lo hubiese hecho en fecha anterior.

3.9. DE LA RESPONSABILIDAD DE LA LLAMADA EN GARANTÍA

El artículo 64 del Código General del Proceso, consagra la figura del llamamiento en garantía, en la cual se regla lo siguiente:

ARTÍCULO 64. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA. Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.

En dicho estatuto procesal, el objeto de esa figura no es otro que «*exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva*».

Para el caso bajo examen, el 3 de enero de 2013, la aseguradora Seguros del Estado y la demandada Compacta SA contrataron la constitución de póliza de garantía 15-45-101038693, entre los cuales, uno de sus fines era el pago de salarios y prestaciones sociales en caso de iliquidez, y que sean vinculados durante la vigencia de esta para la construcción de la obra Forte Novo y en favor de la firma Amerinco SAS. Para este caso, el valor asegurado en pesos era de \$22.291.854,80, y garantizaba la cobertura a trabajadores vinculados entre el 20 de diciembre de 2012 al 20 de diciembre de 2016.

Ahora, dentro del plenario, se observa, que en el clausulado general de la póliza de seguro de cumplimiento en favor de particulares, en el punto 1.5 de la misma, se indica que: «*Este amparo cubre al asegurado por el incumplimiento de las obligaciones de carácter laboral a cargo del tomador/garantizado con sus trabajadores, relacionadas con el personal vinculado mediante contrato de trabajo para participar en la ejecución del*

contrato garantizado y sobre las cuales sea solidariamente responsable el asegurado»
(Pág. 53, pdf. 26, C01).

El Juez a quo denegó la vinculación de la llamada en garantía, atendiendo que a juicio de este operó la figura de la ineficacia al haberse notificado a la aseguradora Seguros del Estado, en un periodo superior al establecido en el artículo 66 del Código General del Proceso.

En esta ocasión, considera esta Corporación que acierta el juez a quo, dado que, al revisar el expediente, la interesada no impulsó dentro del término otorgado en la ley procesal en razón a que únicamente se remitió citación (pdf. 20, C01) y aviso de notificación (pdf. 22, ídem), este último el día 9 de noviembre de 2017, mientras que, el termino para agotar la notificación feneció el día 24 de febrero de 2018, habiéndose notificado en una fecha posterior, por ende, el llamamiento se torna ineficaz, como bien lo decidió el Juez de primer grado.

4. COSTAS

Con relación a las costas, al haber prosperado parcialmente los recursos interpuestos, no se condena costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VI. DECIDE:

PRIMERO: **Revocar** parcialmente los numerales tercero, sexto y octavo de la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, el 22 de junio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor Jimmy Joel Sierra Sánchez en contra de las empresas Compacta SA, Amerinco SAS y Bienco, conforme con las consideraciones expuestas en esta providencia, los cuales quedaran así:

Tercero: Condenar a las demandadas Compacta SAS y Amerinco SAS, en solidaridad a pagar al ex trabajador hoy demandante, Jimmy Joel Sierra Sánchez, por concepto de cesantías, e intereses en las cesantías, la suma de \$3.292.870,44, conforme a lo considerado en esta decisión.

(...)

Sexto: Condenar a las demandadas Compacta SAS y Amerinco SAS, en solidaridad, a realizar el pago de aportes para pensión en la administradora de fondos de pensiones al que se encuentra afiliado el demandante, que en el caso que nos ocupa es la AFP Protección, correspondientes al lapso entre el 1° al 7° de marzo de 2015, en caso de que no lo hubiese hecho en fecha anterior, sobre un ingreso base de cotización de \$2.200.000 pesos, previo cálculo actuarial que emita la administradora.

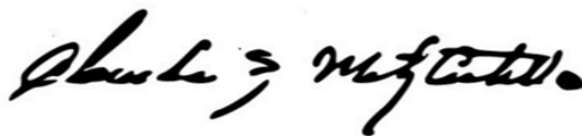
Decimo: Condenar a las demandadas Compacta SAS y Amerinco SAS, en solidaridad, a reconocer y pagar al demandante Jimmy Joel Sierra Sánchez por concepto de la indemnización del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la suma de veintiocho millones trescientos seis mil seiscientos sesenta y siete pesos (\$28.306.667), conforme lo indicado en esta providencia.

SEGUNDO: Confirmar el resto de los numerales de la sentencia revisada.

TERCERO: Sin costas en segunda instancia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

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

Los Magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



DEMANDANTE:	Ricardo Alfonso Sandino León
DEMANDADO:	Aerovías del Continente Americano Avianca S.A.
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
DECISIÓN:	Confirma sentencia.
Radicado	11001-31-05-015-2020-00285-01 11001310501520200028501

En Bogotá DC, a los veintidós (22) días de marzo de dos mil veinticuatro (2024), la Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados **Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo como ponente**, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada Aerovías del Continente Americano Avianca S.A. frente a la decisión adoptada por el Juzgado 15 Laboral del Circuito en el proceso ordinario laboral que le sigue el señor Ricardo Alfonso Sandino León.

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

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA.

I. ANTECEDENTES:

1.1 PRETENSIONES.

Ricardo Alfonso Sandino León accionó contra Aerovías del Continente Americano Avianca SA, en procura de que se declare que el vínculo laboral a término indefinido existente entre ellos desde el 1º de diciembre de 2011 y el 23 de mayo de 2018, terminó por decisión unilateral e injusta del empleador.

En consecuencia, pide el reintegro al cargo que venía desempeñando en la empresa demandada, el pago de los salarios, prestaciones sociales, extralegales, aportes a la seguridad social y demás derechos causados desde el 23 de mayo de 2018 hasta su reinstalación. Subsidiariamente, persigue el reconocimiento y pago de la indemnización por despido injustificado.

1.2 HECHOS.

En respaldo de las pretensiones aseveró que Avianca lo contrató para desempeñar funciones como copiloto de los equipos Airbus 320 y Boeing 787, mediante un contrato laboral a término fijo, el cual, mediante acuerdo entre las partes, se modificó a término indefinido en el año **2012**.

Relató que se afilió a la organización sindical ACDAC, y que, debido a una negociación fallida con la empresa demandada, la Asamblea General de ACDAC ordenó el cese de actividades de sus afiliados a partir del 20 de septiembre de 2017. Explicó que, a pesar de no haber asistido a la votación de la huelga, se limitó a cumplir lo decidido en la reunión, por lo tanto «*se abstuvo de volar mientras el requerimiento del sindicato estuvo vigente*» y que, retomó sus labores el día trece (13) de noviembre de 2017, mientras estaba en trámite el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia que declaró la ilegalidad del cese de actividades, antes de que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema emitiera la decisión de segunda instancia.

El día quince (15) de febrero de dos mil dieciocho (2018) la demandada inició proceso disciplinario en su contra acusándolo de participar, orientar y liderar el cese de actividades adelantado por la organización sindical ACDAC, producto de esto, en la audiencia de descargos celebrada el 26 de febrero siguiente, la **empresa** decidió dar por terminado su contrato de trabajo de manera unilateral, actuación que el actor juzgó como injustificada por lo que la apeló el 7 de marzo, pero Avianca la confirmó en la decisión del 6 de abril de 2018, previa la reunión ante la comisión especial.

También dijo que, coetáneamente solicitó la protección por fuero de maternidad extensivo al padre, derivada del estado de embarazo de su cónyuge y su rol de cabeza de familia, la entidad lo concedió, por eso continuó vinculado bajo la figura consagrada en el artículo 140 del Código Sustantivo del Trabajo. El 23 de mayo de 2018 renunció por paternidad al no estar de acuerdo con no desempeñar labores de forma activa, lo

que la empleadora aceptó al día siguiente.

1.3 CONTESTACIÓN DE DEMANDA.

Avianca se opuso a las pretensiones, con respecto a los hechos, admitió la vinculación laboral con el accionante, pero señaló que la terminación se debió a una justa causa, toda vez que el empleado personalmente promovió, orientó, lideró y participó activamente en el cese de actividades *«promovido personalmente por él y por el sindicato ACDAC»* en el periodo comprendido entre septiembre y noviembre del año dos mil diecisiete (2017), *«ya que el demandante, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, decidió incumplir sus deberes contractuales y legales participando activamente de los actos de presión contra Avianca SA, no presentándose a sus asignaciones con el propósito consciente de generar afectación y perjuicio al empleador»*. Además, omitió su deber de prestar personalmente el servicio los días 23, 25, 30 de septiembre; 16, 17, 18, 19, 23, 24, 26, 27, 30, 31 de octubre; 10, 11, 12 noviembre de 2017; conducta que generó graves perjuicios para la empresa.

Por ello, en la comunicación del día 6 de abril de 2018 decidió terminar el contrato de trabajo de conformidad con los numerales 2,4 y 6 del literal a) del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, en concordancia con el numeral 1 del artículo 58, los numerales 4 y 5 del artículo 60 y el numeral 2 del artículo 450 del CST, y el literal h) del artículo 77, los numerales 1 y 42 del artículo 82 y los numerales 5 y 18 del artículo 84 del RIT de Avianca SA; no obstante, en dicha comunicación le informo *«que teniendo en cuenta el soporte que daba cuenta del nacimiento de su hijo, en amparo de los derechos del menor y en aplicación extensiva del fuero de maternidad, dicha carta de terminación sería extensiva hasta el momento en que cesara tal protección»*.

La empresa enjuiciada señaló que el cese de actividades fue declarado ilegal por la Sala de Casación Laboral de Corte Suprema de Justicia en sentencia SL20094/2017 M.P. Rigoberto Echeverri Bueno Rad. 79047, lo cual acredita la justa causa atribuible al trabajador, por lo tanto, no se causan indemnizaciones ni sanciones a favor del demandante. Igualmente explicó que, aunque en la carta de terminación del contrato se haría afectiva una vez cesara la protección extensiva del fuero de maternidad, pero el accionante renunció voluntariamente a ella.

Para enervar las pretensiones formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de título, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa del demandante,

prescripción, pago, compensación, buena fe, inoponibilidad, cosa juzgada y genérica.

1.4 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 29 de agosto de 2022, declaró que entre Ricardo Alfonso Sandino León y la demandada Avianca S.A. existió un contrato de trabajo sin solución de continuidad, desde el día 1° de diciembre del año 2011 y que continúa vigente en la actualidad, ocupando el cargo de Copiloto condenando a la empresa Avianca a reintegrar al demandante, al cargo que venía desempeñando hasta el 23 de noviembre de 2018, y a la demandada pagar los salarios, prestaciones legales, extralegales y aportes a la seguridad causados entre el retiro y el 30 de junio de 2021, en razón a que el actor está efectivamente reintegrado desde el 1° de julio de 2021, señalando que su contrato no tiene solución de continuidad, por cuanto sigue vigente. Y declaró parcialmente probada la excepción de pago, de las demás absolvió a la enjuiciada.

Entendió que la demandada acusó al actor de dos cosas i) haberse abstenido de concurrir a cumplir sus funciones determinados días y ii) haber participado activamente en una huelga declarada ilegal. Aunque coincidió con que ambas conductas constituyen faltas graves, afirmó que, no basta con afirmar que el trabajador incurrió en ellas, sino que es necesario demostrar que el trabajador efectivamente las cometió y que no existió motivo que justificara su comportamiento.

Para arribar a esa conclusión señaló que *«se produjo un despido ilegal contra el demandante, por no acreditarse o no haberse cumplido el procedimiento establecido en la Convención Colectiva»*, ya que no se garantizó la presencia de dos compañeros de trabajo en el proceso disciplinario y, sobre las dos causas en que la demandada fundó la justa causa, el juez advirtió *«la declaración de la ilegalidad del cese de actividades no autoriza automáticamente al empleador para terminar los contratos alegando justa causa»*, y el vídeo allegado no demuestra la concurrencia activa del demandado en la huelga, porque si bien las imágenes dejan ver un grupo de personas reunidas y se puede pensar que entre ellos estaba el demandante, no se tiene certeza de cómo o cuándo se estaba desarrollando esa reunión, de manera que la demandada incumplió su obligación de probar la participación activa del trabajador en el cese.

En cuanto a la segunda prueba de que el actor inasistió a los vuelos asignados, con ella no se comprobó que la omisión de acudir a las asignaciones de vuelo obedeciera a la propia voluntad del trabajador ya que esto podía deberse a que el desarrollo de la huelga le impidió desplazarse, configurándose una justificación de inasistencia, lo que, a juicio del juez, no evidencia responsabilidad objetiva por parte de accionante.

1.5 RECURSO DE APELACIÓN.

En sus argumentos la accionada contravirtió la conclusión del juez de primera instancia quien, si bien reconoce el incumplimiento de las obligaciones, en torno a su ausencia al lugar de trabajo del señor Sandino León, no tuvo en cuenta dada la naturaleza de servicio público esencial de la actividad que realizaba el actor, la ausencia deliberada a laborar suscita un grave perjuicio al empleador y afectaba directamente la vida y la integridad o la seguridad de las personas en Colombia.

Argumenta que la omisión del cumplimiento de las obligaciones por parte del accionante es por sí misma, una demostración de su participación en la huelga y cita lo dispuesto en el artículo 450 numeral 2 del Código Sustantivo del Trabajo.

Hizo referencia al contenido de la sentencia SL1947 de 2021 que lo llevó a concluir que el señor Ricardo Alfonso Sandino incurrió en una acción prohibida, cuando se sustrae de cumplir su actividad en un servicio público esencial, que pone en riesgo la vida o la seguridad de las personas, porque la suspensión de este servicio tiene esta connotación. Insistió en que la conducta del trabajador fue deliberada y que en el proceso no se demostró la existencia de alguna situación que física o materialmente le impidiera ejercer sus labores, y lo demostrado es que su conducta se basó en cumplimiento de la decisión de la asamblea.

Criticó la consideración referente a que la enjuiciada incumplió los procedimientos convencionales atribuyéndole a los directivos sindicales de ACDAC, 23 en total, se mostraron renuentes a asistir a las diligencias de los procesos disciplinarios, a pesar de que la empresa les facilitó los medios, esto es, los permisos que le permitirían la concurrencia a las audiencias para las cuales estuvieron citados.

II. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Avianca lo describió indicando que deberá revocarse la sentencia de primera instancia, para que, en su lugar, se declaren probadas la totalidad de excepciones de fondo propuestas en la contestación de la demanda, reiterando los argumentos expuestos en su recurso, y enfatizando en que la terminación del contrato fue ajustada a derecho.

La parte demandante dirigió sus alegatos a pedir la confirmación del proveído de primera instancia, debido a que el demandante fue reintegrado formalmente, pero sin solución de continuidad, sin haber recibido la indemnización correspondiente a los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir entre la fecha de terminación del contrato de trabajo 23 de mayo de 2018 y el día 30 de junio de 2021.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1 PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la demandada, de conformidad con lo señalado en los artículos 66 y 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

3.2 PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala se ocupará de analizar, si la sentencia acusada está o no conforme a derecho.

3.3. DE LA ILEGALIDAD DEL DESPIDO

El conflicto que nos trae a este escenario versa sobre la terminación unilateral presuntamente injustificada del contrato de trabajo que existió entre las partes, y, en consecuencia, acorde con esa petición en su petitum plantea dos pretensiones: la principal, el reintegro junto con el reconocimiento y pago de todas las acreencias laborales generadas desde la fecha del despido y hasta el reintegro; subsidiariamente, la indemnización prevista en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

Contrario a lo pedido, el extremo opositor asegura que el reclamo es improcedente en razón a que la empresa, el 6 de abril de 2018, le comunicó al hoy accionante la decisión de terminar su contrato de trabajo, por considerar que por su participación activa del cese ilegal de actividades promovido por el sindicato ACDAC, se configuró una justa causa, y ésta se hizo efectiva el 23 de mayo siguiente, cuando el trabajador presentó renuncia al fuero de paternidad derivado del nacimiento de su hija.

Al fijar el litigio, el juez lo limitó principalmente a examinar la ilegalidad del despido del 23 de mayo de 2018 y sus consecuencias, especialmente si hay lugar o no al reintegro del trabajador; y, subsidiariamente, estudiaría si hubo o no un despido injustificado.

De lo probado dentro del proceso, tenemos que el demandante tuvo un vínculo inicial con la demandada, que se mantuvo desde el 1° de diciembre de 2011 hasta el 23 de mayo de 2018; que el sindicato ACDAC declaró la huelga que inicio el día 20 de septiembre de 2017 y se prolongó hasta el 12 de noviembre de 2017; ante esto, la empleadora promovió acción para la declaratoria de ilegalidad del cese de actividades y obtuvo decisión favorable en primera instancia el 4 de octubre de 2017, y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la confirmó al resolver el recurso de apelación en sentencia del 29 de noviembre de 2017.

Quedó demostrado que el 15 de febrero de 2018 Avianca notificó al señor Sandino León de la apertura del proceso disciplinario en su contra por haber participado en el cese de actividades, lo citó a descargos el 26 de febrero de 2018, y el disciplinado presentó los descargos por escrito; en esa misma fecha, la empleadora le comunicó la determinación de terminar el contrato de trabajo que los unía, que al apelarse ante la comisión especial constituida por la cláusula 101 de la CCT, la ratificó en audiencia celebrada el 6 de abril de 2018, pero condicionó su efectividad a la extinción del fuero extensivo de maternidad.

Las razones expuestas por la empleadora, para dar por terminado el contrato son las siguientes:

4. De acuerdo con lo anterior, la Empresa pudo evidenciar que, en atención a su participación activa en el cese ilegal, se generó una grave afectación en la operación de la Empresa, como reprogramaciones, retrasos y cancelaciones de vuelos, también perjuicios económicos y administrativos, toda vez que la Compañía tuvo que incurrir en una serie de gastos que la impactaron negativamente al tener reembolsar el valor de los tiquetes, otorgar alojamiento y alimentación a miles de pasajeros, y en general la reprogramación completa de la planeación de la operación de la Compañía.

5. una vez escuchado en descargos en primera y segunda instancia, se evidencia que Usted incurrió en graves faltas al haber participado de manera activa en el cese ilegal de actividades, desde el día 20 de septiembre de 2017 al 12 de noviembre de 2017, declarado por la Corte

Suprema de Justicia, así como por no haberse presentado a sus asignaciones los días 23, 25, 30 de septiembre; 16, 17, 18, 19, 23, 24, 26, 27, 30, 31 de octubre de 2017; 10, 11, 12 de noviembre de 2017, durante el desarrollo de dicha huelga.

(...)

9. Por todo esto, la Empresa ha perdido la confianza que fue depositada para que cumpliera sus obligaciones en su cargo y esta situación hace incompatible mantener su vinculación. Por ello, en virtud de la declaratoria de ilegalidad del cese ilegal de actividades en el que participó de forma activa y promoviendo un cese desde el 20 de septiembre de 2017 al 12 de noviembre de 2017 y que Usted no se presentó a sus asignaciones los días 23, 25, 30 de septiembre; 16, 17, 18, 19, 23, 24, 26, 27, 30, 31 de octubre de 2017; 10, 11, 12 de noviembre de 2017, la Empresa ha decidido dar por terminado su contrato de trabajo de manera unilateral y con justa causa de conformidad a los numerales 2, 4 y 6 del literal a) artículo 7 del decreto ley 2351 de 1965, norma que subrogó al artículo 62 del CST en concordancia con el numeral 1° del artículo 58, los numerales 4° y 5° del artículo 60 y el numeral 2° del artículo 450 del Código Sustantivo de Trabajo, así como el literal h) del artículo 77, los numerales 1° y 42° del artículo 82, los numerales 5° y 18° del artículo 84 del Reglamento Interno de Trabajo.

Con la renuncia al fuero de maternidad que el actor hizo el día 23 de mayo de 2018, la terminación se concretó en esa data.

La parte recurrente manifiesta que cumplió a cabalidad con el trámite convencional, pero que los directivos sindicales, a pesar de haberle facilitado los medios para hacerlo, se negaron a concurrir a las diligencias.

En cuanto al trámite del proceso disciplinario, en el reglamento interno de trabajo en sus artículos 94 y 95 se contemplan las siguientes reglas:

Artículo 94. Antes de aplicarse una sanción disciplinaria, la Empresa deberá oír al trabajador inculpado directamente y si este es sindicalizado deberá estar asistido por dos representantes de la organización sindical a que pertenezca.

(...)

Artículo 95. **No producirá efecto alguno la sanción disciplinaria impuesta con violación del trámite señalado en el anterior artículo.** (Negrilla de la Sala)

A su vez, la convención colectiva de trabajo, vigencia 2009-2013 aportada, en la cláusula 100 y 101 dispone:

CLAUSULA CIEN (1000) SANCIONES EMPRESAS

En el evento en que AVIANCA considere que debe realizar un proceso disciplinario a un Tripulante amparado por la presente Convención, se debe aplicar el siguiente procedimiento:

En un máximo de ocho (8) días, contados después de conocida una falta por la Empresa o de concluida la respectiva investigación, deberá formular los cargos por escrito y con copia para la ACDAC, al Tripulante implicado, citándolo a presentar los descargos pertinentes a una audiencia, la cual no podrá realizarse antes de diez (10) días calendario ni después de veinte (20), contados a partir de la fecha de la notificación de los cargos.

El trabajador deberá presentarse a la audiencia programada, asistido o asesorado, si lo desea, por dos directivos de la ACDAC.

De la audiencia deberá elaborarse la correspondiente Acta, en la cual deben incluirse los cargos imputados, los descargos del trabajador, la intervención de los representantes de la ACDAC y la sanción impuesta por la Empresa, si fuere procedente.

La copia de la carta de citación no constituirá antecedente alguno en la hoja de vida del trabajador, cuando no se produzca sanción y por tanto deberá ser retirada en estos casos.

CLAUSULA CIENTO UNO (101) APELACIONES

La sanción disciplinaria o despido podrá ser apelada ante una comisión especial, constituida

preferiblemente por los señores vicepresidente de operaciones, vicepresidente administrativo y por el director de relaciones industriales, o en su defecto, por los funcionarios que designen estos y que sean de la misma categoría y que no hayan intervenido en el problema.

La solicitud de apelación deberá formularse ante el señor vicepresidente administrativo, a más tardar dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes a la fecha en que se haya comunicado la respectiva sanción.

Para tomar la determinación a que hubiere lugar, la comisión escuchará previamente tanto al tripulante inculcado, como a dos directivos de la Asociación y, como resultado, al final de dicha reunión, se procederá a confirmar, reconsiderar o revocar la sanción.

De acuerdo con estas disposiciones, y eso no constituyó materia de debate, el trabajador debía estar acompañado por dos directivos de la ACDAC, y el actor no renunció a ese derecho.

Ahora, acerca de los reproches de la accionada y sobre el desarrollo de las diligencias del proceso disciplinario, las pruebas aportadas no acompañan estas conclusiones. El testigo Julián Pinzón refirió que los procesos disciplinarios se realizaron simultáneamente, 10 o 12 audiencias al tiempo, lo que impidió a los representantes del sindicato asistir, así mismo, indicó que también se les restringió el acceso a las diligencias a los asesores jurídicos contratados por el sindicato ACDAC. Además, el Ministerio del Trabajo no compareció a las audiencias, y que solo había 4 directivos sindicales de la ACDAC vinculados a Avianca con permiso sindical, para comparecer a las audiencias.

El declarante Jaime Hernández, manifestó que no recuerda si el capitán Sandino León estuvo acompañado por ACDAC, pero señaló que muchos de sus afiliados a quienes la empresa les inició procesos disciplinarios no pudieron ser acompañados por el ente sindical, dado que por llevarse a cabo audiencias simultáneas no alcanzaron a tener el número suficiente de directivos sindicales para atender las diferentes audiencias. Además, reconoció que, en calidad de presidente de la ACDAC, fue el único vocero de la entidad en el proceso de cese, dando por sentado que el señor Sandino León no intervino de forma directa y activa en el desarrollo de la suspensión de labores.

También se recibió la declaración del señor Simón Cadavid, quien refirió que no le consta que el demandante tuviese participación en la huelga, que él era miembro de la comisión negociadora. En cuanto al acompañamiento del ente sindical, explicó que incluso se llevaban 16 audiencias al mismo tiempo, y que no todos los miembros del sindicato estaban capacitados para el acompañamiento a los afiliados.

La señora Luisa Fernanda Valencia afirmó que para el caso del señor Sandino León no estuvo presente en las audiencias, pero manifiesta que tuvo conocimiento de las actuaciones desplegadas. Explicó que todas las personas tienen derecho a que ingresen

con dos directivos del sindicato, y señaló que no recuerda que en este caso si se produjo la presencia de los directivos sindicales, y que en todo caso la presencia de las personas se dejaba constancia en el acta. Aseguró que la compañía otorgó permisos sindicales a la Junta Directiva nacional y los miembros de la Junta de ciudades como Cali y Medellín. Asevera que las audiencias se hicieron de forma concomitante, esto con el fin de que no se declarará la nulidad del procedimiento disciplinario.

Cabe mencionar que, como prueba sobreviniente se aportó al proceso el acta principal de acuerdo entre Avianca SA y ACDAC frente a la situación de los pilotos despedidos debido a la huelga llevada a cabo entre el 20 de septiembre y el 12 de noviembre de 2017, entre ello, estuvo el señor Ricardo Alfonso Sandino León, y en la cláusula 11 del citado acuerdo, las partes convinieron:

Frente a lo relacionado con las acreencias laborales causadas durante el tiempo que han estado cesantes los aviadores beneficiarios de la presente acta, las partes acuerdan establecer una mesa de diálogo social para definir el valor a pagar por parte de Avianca SA.

Y en la cláusula 12 estipularon que:

De no llegar a un acuerdo entre Avianca SA y ACDAC, frente a las acreencias laborales o derechos económicos que el piloto considere se le deba reconocer por el tiempo causado desde la terminación de su contrato hasta el reintegro, y si fuere la voluntad del piloto y ACDAC seguir con las acciones que considere apropiadas para la obtención de este reconocimiento económico tendrá la posibilidad de hacerlo, sin que esto implique un cambio en la decisión del reintegro por parte de la empresa y sus derechos legales y convencionales se vayan a ver afectados.

El otro aspecto controvertido es demostrar que el actor participó deliberada y activamente, intervino en el cese de actividades declarado por el sindicato ACDAC, y dejó de laborar durante la protesta del ende sindical, que fue la causa inicial alegada por el patrono para el finiquito laboral con justa causa.

Al respecto, la SCL de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL540-2019, señaló:

En efecto, como bien lo dijo el *ad quem*, el criterio doctrinal de esta Corporación frente a la intelección que se le debe dar al artículo 450 del CST, en concordancia con el 1 del Decreto 2164/59, es que por la sola circunstancia de haberse declarado la ilegalidad del cese de actividades no autoriza de manera automática y omnímoda al empleador para dar por terminados los contratos con justa causa, puesto que le corresponde a este verificar la participación activa en la suspensión de las labores, sin que en manera alguna se entienda que su mera presencia en el lugar del suceso, conlleve a concluir inequívocamente su intervención activa en la suspensión de labores.

En ese orden, conforme a la línea de pensamiento de la Sala, no es de recibo que por la sola presencia de las demandantes en el sitio donde ocurrieron los hechos, en este caso, en las instalaciones de la Torre de EMCALI, lugar donde se produjo la suspensión de labores y luego la toma de esas dependencias, deba inferirse irreflexivamente que las trabajadoras intervinieron o colaboraron de manera activa en ese evento, y en ese sentido la línea doctrinal de la Sala, ha

diferenciado en este tipo de movimientos tres clases de empleados: «a) *La del trabajador que participa activamente, promoviendo, dirigiendo u orientando el cese de actividades*; b) *La del empleado que toma parte en la suspensión de labores en forma pasiva y simplemente como consecuencia de su obligación de acatar la decisión mayoritaria que ha optado por la huelga. Es el caso de quienes terminan involucrados en el movimiento sin desearlo e incluso a pesar de haber intervenido disidentemente*; c) *La de quienes, declarada la ilegalidad de la suspensión de labores, persisten en ella, no regresan a sus actividades o no acatan la orden de reiniciación de los trabajos. La persistencia no admite distinción sobre el grado de activismo del trabajador implicado en ella*». (Ver sentencia CSJ SL, 9 mar. 1998, rad. 10354, reiterada en la SL, 24 feb. 2005, rad. 23832 y en la SL, 24 nov. 2009, rad. 33992)

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1947-2021, invocada tanto por el juzgado de primera instancia como por el recurrente, argumentó que:

Todo esto da cuenta de porqué la declaratoria de ilegalidad de la huelga no puede producir consecuencias automáticas. Esto es, la declaratoria judicial de ilegalidad no puede trasvasarse sin más al ámbito individual; no puede generalizarse para reprimir a los trabajadores injustamente. La revisión judicial de la legalidad de la huelga tiene sus propios cauces, causales y su objeto es constatar la conformidad de un acto colectivo de conflicto con la legislación nacional para que el empresario pueda recuperar su producción; otra cosa bien distinta ocurre en las relaciones individuales de trabajo, en las que deben constatarse situaciones individuales y específicas. Por este motivo, es perfectamente posible que en una huelga legal se produzcan despidos de trabajadores que incurrieron en extralimitaciones en su ejercicio.

En este punto, conviene recordar que en reciente sentencia CSJ SL720-2021, la Sala afirmó que «*la huelga es un derecho fundamental de los trabajadores, atribuidos a ellos individualmente, ya que son los que deciden interrumpir o no su trabajo, secundar o no un cese*», aunque su ejercicio es colectivo. Esto significa que a partir de un fallo que revisa una acción colectiva, en abstracto, no pueden derivarse consecuencias o sanciones automáticas para los huelguistas. La reflexión sobre cada situación individual es indispensable en clave de constatar si hubo excesos o extralimitaciones en su ejercicio, pues, se repite, cada trabajador es dueño de la forma en que exterioriza su actividad.

Para una adecuada interpretación del dispositivo bajo estudio, tampoco es factible, a la luz de la Constitución de 1991, acudir a la doctrina de esta Sala, introducida en la década de 1980 (CSJ SL, 31 oct. 1986, rad. 0236, reiterada con posterioridad en fallos como el SL, 9 mar. 1998, rad. 10354, entre otros), según la cual pueden ser despedidos los que hayan intervenido o participado *activamente* en la huelga, a diferencia de los que tuvieron una concurrencia pasiva a la misma. En efecto, distinguir entre una participación activa y una pasiva, sugiere que pueden ser despedidos aquellos trabajadores que tuvieron una implicación proselitista o un cierto protagonismo o militancia en el inicio y desarrollo de la huelga, labor que es propia de los dirigentes sindicales. Luego, entender la participación, desde este punto de vista, equivale en la práctica a que pueden ser despedidos los líderes, dirigentes o representantes sindicales, lo cual viola el principio de no discriminación sindical. Más aún cuando estos trabajadores por su experiencia, conocimiento, trayectoria y liderazgo dotan de cohesión al sindicato y cumplen una importante función democrática y participativa en los procesos políticos, sociales y económicos del país. Por ello, la legislación internacional y nacional les concede una especial protección.

La Sala comparte lo expuesto por cuanto la sola declaratoria de ilegalidad de las actividades que realizó el sindicato ACDAC entre septiembre y noviembre de 2017, automáticamente no habilita al empleador o le concede razones para dar por terminada la relación de trabajo de todos los intervinientes en la protesta, ni tampoco de los directivos, para ello es presupuesto demostrar que el empleado participó activamente y ejerció acciones dirigidas a causar un daño a la empresa, debiendo determinar que su participación influyó para poner en riesgo la estabilidad del dador del laborío, es decir, esa decisión exigía realizar un juicio de valor de la conducta del señor Sandino León, a

efectos de establecer si existió o no una justa causa para despedirlo.

Aduce la empleadora, que el trabajador se negó «deliberadamente» a cumplir sus labores en los días 23, 25, 30 de septiembre; 16, 17, 18, 19, 23, 24, 26, 27, 30, 31 de octubre de 2017; 10, 11, 12 de noviembre de 2017. Adicionalmente, aporta como prueba un material fílmico de una reunión, donde se logra visualizar al señor Sandino León escuchando la intervención de uno de los directivos sindicales, sin que se pueda observar que este intervino de forma directa, y que fue quien gestó e impulsó para que sus restantes compañeros continuasen en el desarrollo del cese.

Agregando a lo anterior, debe recordarse lo señalado por el disciplinado en su escrito de descargos, cuando manifestó lo siguiente:

¿Sírvasse indicar cual fue su participación en el cese ilegal de actividades realizado por la organización sindical ACDAC?

Respuesta: Según lo informo en el documento, yo no lidere ni promoví como se me sindicó, yo simplemente acate las instrucciones de la Asociación como afiliado que soy, lo digo porque en la citación dice que yo lidere y yo no lidere nada, yo no pertenezco a la junta directiva ni las subdirectivas y lo hice por seguir las directrices de la asamblea de los asociados.

El análisis de las pruebas permite concluir que el demandante tuvo una participación pasiva, impulsada por el obedecimiento del mandato de las directivas sindicales, por lo que, la Sala considera que no quedó probada la justa causa para despedirlo, al no haberse acreditado su participación directa, pues la inasistencia al trabajo se debió al momento histórico marcado por el conflicto en que estaban inmersos la empresa y sus trabajadores.

Y en lo correspondiente al trámite del proceso disciplinario, considera la Sala que acierta la primera instancia al declarar su ilegalidad en razón de que no se atendieron las normas contenidas en el reglamento interno de trabajo y la convención colectiva de trabajo, al no garantizarse el acompañamiento de miembros del sindicato ACDAC, como lo indicaron los testigos, declaraciones que no fueron controvertidas por la entidad demandada, por el contrario, quedaron respaldadas con el testimonio de la señora Luisa Fernanda Valencia, quien aseguró que por el volumen de casos se realizaron audiencias simultaneas, lo que provocó desde luego que por la falta de capacidad humana la ACDAC no tuvo la oportunidad de garantizar la comparecencia a todas las audiencias.

El hecho anterior queda constatado con lo señalado en el acta del 26 de febrero de 2018, en la cual se indicó:

En Bogotá a los 26 días del mes de febrero de 2018, siendo las 2:25 pm, se reunieron, por parte de la empresa el capitán Alberto Andrés Salamanca en su calidad de Coordinador de Comunicaciones Operaciones de Vuelo, Javier Orlando Rojas Escobar en su calidad de Coordinador de Seguridad Social, de otra parte, el trabajador CAP. Ricardo Adolfo Sandino León, citado mediante comunicación A-12519-178598 de fecha 15 de febrero de 2018, con el objeto de llevar a cabo Audiencia Especial de Descargos. El trabajador se presenta a la diligencia solicitando el acompañamiento del capitán Jaime Hernández Sierra y Capitán Jorge Medina Cadena y Capitán Julián Pinzón Saavedra en representación de la ACDAC, así como de su abogado de confianza el Dr. Carlos Roncancio Castillo, no obstante siendo las 2:32 pm ninguno de los representantes de la asociación se hacen presente en el lugar de citación, como tampoco su abogado de confianza, por lo que una vez preguntado al Cap. Ricardo Adolfo Sandino León si desea adelantar la diligencia de descargos sin compañía de sus directivos sindicales manifiesta que si porque ellos están ocupados en otras diligencias a la misma hora

Se extrae de la manifestación, que su interés era que lo acompañasen miembros del sindicato y de su abogado de compañía, pero no pudieron comparecer debido a que estaban atendiendo otras audiencias realizadas a la misma hora, y más allá de su aceptación, la Empresa no garantizó la posibilidad del acompañamiento, como por ejemplo, ofrecerle el aplazamiento de la audiencia, teniendo un término más extenso para adelantar las diligencias, advirtiendo que la realización simultánea de audiencias imposibilitó a los disciplinados acceder a este derecho.

De lo anterior, se concluye como lo consideró el juez de primer grado, el despido de este trabajador fue ilegal, y, en consecuencia, debe inexorablemente aplicarse las consecuencias del caso, específicamente el reintegro dispuesto en el fallo revisado. Por lo anterior, el recurso no sale adelante.

Colorario de lo expuesto, la Sala confirmará la decisión proferida el 29 de agosto de 2022 por el Juez Quince Laboral del Circuito de Bogotá DC.

Se condenará en costas en esta instancia a la demandada, fíjese como agencias en derecho la suma equivalente a un salario mínimo mensual vigente.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VI. DECIDE:

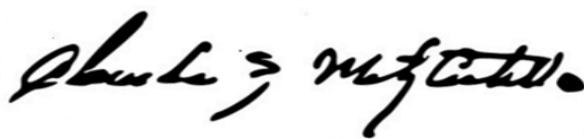
PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá DC el día 29 de agosto de 2022, dentro del proceso promovido por Ricardo

Adolfo Sandino León contra la empresa Avianca SA, conforme lo considerado en esta decisión.

SEGUNDO: Condenar en costas en segunda instancia a la parte demandada y en favor del demandante, señalar como agencias en derecho la suma equivalente a un salario mínimo mensual vigente, conforme se dijo en la parte motiva de este proveído.

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

Los Magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



Demandante:	Arlid Arteaga Grisales
Demandado:	Federación Nacional de Cafeteros de Colombia
Tipo de Proceso:	Ordinario Laboral
Decisión:	Modifica sentencia.
Radicado	11001310501620180059701 11001310501620180059701

En Bogotá DC, a los veintidós (22) días de marzo de dos mil veinticuatro (2024), la **Sala Segunda de Decisión Laboral**, conformada por los Magistrados **Luz Marina Ibáñez Hernández**, **Rafael Albeiro Chavarro Poveda**, y **Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes demandante y demandada, contra la decisión adoptada por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en el proceso ordinario laboral de Arlid Arteaga Grisales versus la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.

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

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA.

I. ANTECEDENTES:

1.1 PRETENSIONES.

Arlid Arteaga Grisales accionó contra la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, en procura de que se declare que se encuentra en la obligación de tener como factor salarial para liquidar las prestaciones sociales, las primas de vacaciones y semestrales consagradas en la CCT. En consecuencia, que se condene a la demandada a reajustar las cesantías por todo el tiempo servido.

1.2 HECHOS.

Como fundamento de las pretensiones aseveró que laboró al servicio de la demandada desde el 11 de noviembre de 1992. Asegura que entre la demandada y su sindicato se suscribieron varias CCT, en las cuales se han consagrado beneficios extralegales para todos los trabajadores; en consecuencia, se tengan en cuenta esos emolumentos convencionales para la liquidación de sus prestaciones sociales.

1.3 CONTESTACIÓN DE DEMANDA.

La demandada se opuso a las pretensiones, afirmó que la Federación reconoció al actor todas las acreencias laborales a las que tuvo derecho mientras estuvo vigente el contrato con la empresa, incluyendo las de índole convencional. Para enervar las súplicas formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, prescripción, pago, compensación, buena fe y genérica (Págs. 262 a 270, pdf. 01, C01).

1.4 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 15 de junio de 2022 decidió:

PRIMERO: CONDENAR a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA a reconocer y pagar al demandante señor ARLID ARTEAGA GRISALES, los siguientes conceptos que corresponden a reliquidación de prestaciones sociales y de vacaciones, por efectos de tener como factor salarial el concepto de prima de vacaciones convencional:

- a) Por auxilios de cesantías cuatro millones noventa y dos mil quinientos noventa pesos (\$4.092.590) Mcte.
- b) Por intereses a las cesantías ciento treinta y unos mil novecientos doce pesos (\$131.912) Mcte.
- c) Por concepto de primas de servicios un millón cuatrocientos cuarenta y ocho mil cuatrocientos cuarenta y cuatro pesos (\$1.448.444) Mcte.
- d) Por concepto de vacaciones un millón cincuenta y tres mil seiscientos sesenta y un pesos (\$1.053.661) Mcte.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada de las pretensiones no acogidas en esta sentencia, y se declaren probadas respecto de tales pretensiones no acogidas, la excepción de inexistencia de la obligación, y así mismo, se declara probada la excepción de prescripción, respecto de las reliquidaciones causadas hasta el 25 de octubre de 2018, respecto de primas de servicios e intereses a las cesantías, y lo causado hasta el 25 de octubre de 2017 respecto de vacaciones, prescripción que no afecta los valores concretos condenados en la parte resolutive.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de la instancia a la parte demandada, practíquese la liquidación por secretaría, incluyendo el monto de Un Salario Mínimo Legal Mensual Vigente (1SMLMV), como valor de las agencias en derecho.

A esa conclusión llegó luego de aseverar que en la cláusula novena de la Convención Colectiva de Trabajo vigencia 1996, otorga el carácter salarial de la prima de vacaciones, y que la demandada desconociendo el Acuerdo Convencional, mediante un acuerdo contractual, excluyó tal calidad a la mencionada prima. El Juez enfatizó *«Las empresas que la suscribieron, es decir, la Federación Nacional de Cafeteros y Almacafe reconocieron y pactaron con la organización sindical que esa prima sí constituye factor salarial»*, dándole preponderancia al acuerdo convencional mencionando que *«la demandada sin perjuicio de lo pactado convencionalmente excluyó el pago de esta con sustento en la cláusula segunda del contrato de trabajo»*.

El a quo señaló que *«no resultaría procedente aplicar la cláusula de exclusión salarial pactada previamente frente al beneficio otorgado por una convención posterior, pues resulta ser un beneficio claro, acordado y reconocido por la Federación Nacional de Cafeteros a los trabajadores ya sindicalizados»*.

Frente a la prescripción, el fallador advirtió que:

Sin embargo, en punto de la prescripción que fue alegada conforme a los artículos 488 y 489 del Código sustantivo del trabajo, se debe tener en cuenta que efectivamente la providencia que admitió la demanda del 21 de mayo del año 2019, esa providencia y que no se observa escrito de interrupción de prescripción antes de la presentación de la demanda, se tiene que la demanda en este caso pues fue presentada en septiembre del año 2018, básicamente el día 17 de septiembre del año 2018, fue admitida el 21 de mayo de 2019. Y por tanto, conforme lo establecido en el Código General del Proceso, artículo 94, para que la interrupción de la prescripción se consolidara en la fecha de presentación de demanda, tenía que haberse notificado por la parte actora a la parte demandada dentro del año siguiente a la notificación por estado del auto admisorio que se notificó por estado del 22 de mayo de 2019, es decir, que hasta el 22 de mayo de 2020 se contaba con la oportunidad para notificar por parte de la demandante a la demandada para que se considerara interrumpido el término la prescripción con la fecha presentación de la demanda. Hay que tener en cuenta, sin embargo, algunas vicisitudes que se presentaron por lo públicamente conocido de la pandemia que fue declarada desde marzo del año 2020. Y en ese sentido, tenerse en cuenta que desde marzo de 2020. 13 de marzo hasta el 30 de junio de ese mismo año 2020, hubo suspensión de términos en los procesos distintos acciones de tutela por espacio entonces de 3 meses y medio que no se deben tener en cuenta, para los fines ya mencionados del término para notificar.

Asimismo, se debe descontar tiempo de proceso al despacho, como, por ejemplo, cuando entró en octubre 22 de 2019 y salió en enero 31 de 2020, 3 meses más que no se deben tener en cuenta y en ese auto precisamente que de enero 31 de 2020 se requiere a la parte demandante para que acredite en legal forma el trámite del aviso de notificación porque no lo aportó con las exigencias de ley.

Pues bien, después de esa fecha sólo tenemos nueva comunicación del demandante, es decir, después del auto que enero 31 de 2020, solo se tiene comunicación del demandante hasta el correo de 27 de junio del año 2021, donde solicita que requieran piezas procesales para notificar conforme al Decreto Legislativo 806 de 2020. El decreto que fue expedido para notificaciones y para actuaciones en virtualidad. Y que pues ha sido convertido en legislación permanente por la ley 2213 del año 2022. Lo cierto es que la notificación finalmente solo se hizo el 25 de octubre del año 2021 o aparece folios 236 del expediente físico 252 del PDF en el archivo 1, entonces, aun

descontando estos 6 meses y medio que he mencionado por la pandemia, cuando estuvieron suspendidos términos y después el tiempo que duró al despacho el proceso, esto a lo sumo llegaría al mes de noviembre del año 2020, realmente como término, como plazo para que se hubiera notificado a la parte demandada, lo cual no se hizo por la parte demandante, sino que hasta junio de 2021. Incluso ya cuando empezó a realizar el trabajo que en su momento hizo Cindy de directora, modernizó todos estos procesos, cambió los procesos, trajeron unas otras personas para ampliar el peso académico, sin desconocer que fue la demandante la que, en sus primeros momentos, como cuando lo dice el representante legal de la empresa demandada, se creó en la sala de su casa.

1.6 RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte demandante presentó recurso de apelación de forma parcial, en torno a la resolución del despacho sobre la excepción de prescripción, en lo que respecta a esta excepción, la representante judicial del extremo considera que:

se debió haber tenido como fecha para tener en cuenta la prescripción la presentación de la demanda el 17 de septiembre del año 2018, línea de tiempo que no fue considerada por el despacho y que tampoco fue considerado que estas fueron también maniobras dilatorias por parte de la parte demandada para no hacerse parte en el proceso y acceder a esta prescripción, por lo que consideró que, en ese sentido de la prescripción, por más que haya sido parcial.

La parte demandada cuestionó la decisión en dos puntos. El primero de ellos relacionado con la salariedad de la prima extralegal de vacaciones, fundamentado en que la interpretación que realizó el despacho, teniendo en cuenta las sentencias que citó, en su parecer, respaldan su tesis de restarle el carácter de salario a la prima extralegal de vacaciones, recuerda que el precedente de este Tribunal respalda su interpretación pues esta Corporación no considera que exista un conflicto entre la cláusula contractual y la convencional. El segundo, sobre la prescripción de las cesantías, las que, al declararlas salario, estarían prescritas las anteriores al año 2018.

II. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

La parte demandada presentó sus alegaciones, y respecto a sus razones para recurrir, puntualizó:

Es pertinente que se tenga en cuenta la sentencia de fecha 5 de diciembre de 2019 emitida por ésta Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C., dentro del Proceso Ordinario Laboral de Dayana Katherine Hernández contra Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, radicado 11001310500820170061001, en la cual se determinó con total claridad que los beneficios derivados de las convenciones colectivas de trabajo suscritas entre mi defendida y Sintrafec, no son aplicables a trabajadores que no tengan la calidad de sindicalizados. En consecuencia, dicha providencia judicial ratifica los argumentos expuestos en los párrafos que le preceden a este y, por tanto, que las pretensiones del accionante han de ser despachadas negativamente, y como consecuencia revocar en su totalidad el fallo de primera instancia y que para ilustración se transcribe a continuación:

(...)

Más recientemente, esta misma corporación, reitero su interpretación respecto a la inexistencia del derecho reclamado, en esta ocasión, teniendo en cuenta que, mal puede pretender el demandante beneficiarse de una convención colectiva a la cual no adhirió, no siendo parte del sindicato suscribiente y si quiera habiendo cumplido con la carga mínima legal, de otorgar a su empleador la respectiva autorización de descuento de las cuotas sindicales, al respecto y mediante sentencia de fecha 31 de agosto de 2022, proferida dentro del proceso tramitado bajo radicado 11001310501320190071101, M.P. Dr. Luis Agustín Carvajal Vega:

(...)

Las partes se vincularon mediante la suscripción del contrato individual de trabajo a término a indefinido desde el 11 de noviembre de 1992 hasta el día 2 de marzo de 2021, en el que, expresamente acordaron los suscribientes en su cláusula 2ª que, cualquier otra remuneración de carácter extralegal, o ingreso con motivo de este contrato, sea cual fuere su denominación o auxilio, no constituyen salario y por tanto no se tendrá en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales, dentro de la cual, se encontraba incluida la prima extralegal de vacaciones.

(...)

De este modo y en consonancia con la precitada disposición y la cláusula contractual referida, debe ponerse de presente la propia convención colectiva suscrita en el año 1996 entre mi representada y SINTRAFEC, pues ésta, nada señala respecto a los pactos de exclusión salarial preexistentes, sino que, se limita a reproducir el que era el criterio jurisprudencial vigente, relativo al carácter salarial de dicha prestación en aquellos casos en que no existiera pacto de exclusión salarial entre las partes, sin embargo y expresamente, siguió dejando al arbitrio de las partes del contrato de trabajo, la posibilidad de pactar la naturaleza de dichos beneficios extralegales, siendo la cláusula contenida en el contrato de trabajo el desarrollo mismo de tal disposición convencional.

De este modo, es evidente que, contrario a lo afirmado por el a quo, no había lugar a la reliquidación ordenada en el fallo apelado, pues entre las partes de manera expresa se pactó que tal prestación extralegal no tendría naturaleza salarial.

Este asunto, no ha escapado del estudio de esta Sala Laboral, quien en diferentes sentencias ha reconocido como válidos estos acuerdos suscritos entre las partes del contrato de trabajo en desarrollo del artículo 128 del C.S.T. y de la cláusula 9ª de la Convención Colectiva de 1996, al respecto en sentencia de fecha 20 de agosto de 2020, proferida dentro del Proceso Ordinario Laboral, tramitado bajo radicado 11001310503920170049201

(...)

Al interior de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA y desde 1988, existen por acuerdo entre las partes suscribientes de las convenciones colectivas aludidas en los hechos de la demanda, dos regímenes prestacionales, el de los miembros del sindicato suscribiente de la convención y el de los demás trabajadores no beneficiarios de la misma.

De este modo y teniendo en cuenta la disparidad de criterios jurisprudenciales existentes al respecto, sumados al hecho que, reiteradamente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia indicó que era a las partes suscribientes a quienes correspondía determinar de manera definitiva el ámbito de aplicación del régimen convencional, mi representada y SINTRAFEC aclararon cualquier duda que pudiera surgir de la interpretación de las distintas convenciones colectivas de trabajo que se encontraban vigentes hasta antes de la suscripción de la Convención Colectiva de 2 de febrero de 2021.

En el artículo 43 de la convención colectiva de trabajo suscrita el 2 de febrero de 2021, se acordó entre la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y SINTRAFEC que, "(...) En ningún evento, la Convención Colectiva de Trabajo tendrá aplicación retroactiva a trabajadores que no estuvieron afiliados o adheridos a la organización sindical SINTRAFEC."

5. EL accionante recibió auxilio por firma de esta convención véase en el desprendible de pago de febrero de 2021.

6. Por último, aún a modo de discusión, en lo relativo a la prescripción, respecto de la forma en que se decretó por parte del despacho, debe tenerse en cuenta que, si bien la prescripción de las cesantías solo opera para la fecha de terminación del contrato, no va si la decisión del despacho de

darle carácter salarial a la prima extralegal de vacaciones para periodos en concreto, en tal sentido, lo cierto es que cualquier discusión de darle carácter salarial a esta para periodos anteriores al año 2018 no resultaría procedente pues para los periodos anteriores para dicho concepto estaría prescrita la posibilidad de solicitar la declaración de salariedad, esto es, respecto a lo devengado en los periodos relativos al 2011 y siguientes como fue declarado por el despacho.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1 PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO

Conoce la Sala de la apelación de la sentencia presentada por las partes demandante y demandada, de conformidad con lo señalado en los artículos 66 y 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

3.2 PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala se ocupará de analizar, si la sentencia acusada estuvo o no conforme a derecho.

3.3. DEL CARACTER SALARIAL DE LA PRIMA EXTRALEGAL DE VACACIONES

El problema jurídico por dilucidar está asociado con el carácter salarial que el Juez le concedió a la prima extralegal de vacaciones, en virtud de lo acordado entre la empresa, por un lado, y su sindicato de trabajadores en el otro extremo de la relación, contrario a lo pactado en el contrato de trabajo.

Precisamente, el contrato de trabajo suscrito entre el señor Arlid Arteaga Grisales y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, en su cláusula segunda, establecía:

SEGUNDA: La FEDERACIÓN pagará a EL EMPLEADO un salario base mensual de DIEZ Y SEIS MIL NOVECIENTOS CINCUENTA PESOS MTCE. (\$16.950,00), el cual será afectado por el multiplicador que fije la gerencia. Esta es la única remuneración con carácter salarial, sin perjuicio de los recargos por trabajo extraordinario, dominical o festivo. Cualquier otra remuneración de carácter extralegal, o ingreso con motivo de este contrato, sea cual fuere su denominación, prima, bonificación o auxilio, no constituyen salario y por tanto no se tendrán en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales, tales como la prima o bonificación semestral, o por mérito, la prima de vacaciones, o las vacaciones extralegales, los auxilios por maternidad o calamidad doméstica, las bonificaciones del fondo 5 de Bienestar Social; los aportes de LA FEDERACIÓN a dicho Fondo para capitalizarlo o incrementar los ahorros o aportes de EL EMPLEADO; los gastos o medio de transporte en general; el pago de kilometraje; los gastos de representación; los conceptos para atenciones especiales; las cuotas o gastos en establecimientos o clubes; los suministros en dinero o en especie para alimentación; habitación o vestuario.

Posteriormente, la empresa y su sindicato de trabajadores suscribieron la convención colectiva de trabajo vigencia 1996-1997, la cual, en su cláusula novena, introduce una

modificación a la prima de vacaciones, así:

A raíz de los cambios en la jurisprudencia laboral, respecto de los efectos salariales de la prima de vacaciones, las empresas reconocen a los trabajadores, beneficiados por la presente Convención Colectiva, que la prima de vacaciones constituye factor salarial.

Los montos dejados de liquidar y que afecten la cesantía y sus intereses correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995 se cuantificarán y se pagarán. Para efectos de los pagos correspondientes, se concede plazo a las empresas hasta el 30 de agosto de 1996.

Las empresas podrán presentar, a los trabajadores beneficiados por la presente convención, una oferta individual en la cual le concedan una bonificación a cambio de que, a partir de la fecha de su aceptación, la prima de vacaciones no constituya factor salarial. A este efecto, se pacta expresamente entre las partes, que cuando el trabajador intuitu personae acepta la oferta de las empresas, la prima de vacaciones, que es una prestación extralegal no constituye salario para ningún efecto.

Luego, el acuerdo convencional vigente entre 1998-1999, en su artículo 11 estipula:

Continuaran vigente las estipulaciones de convenciones colectivas y laudos arbitrales anteriores que no hayan sido derogadas, modificadas, sustituidas o acordadas por la presente convención colectiva de trabajo.

Concluyendo esta Sala, que la erogación convencional no fue modificada en su naturaleza salarial desde su concesión e inclusive, hasta la desvinculación del hoy demandante, dado que en la CCT suscrita el 2 de febrero de 2021, en el numeral 5° de la cláusula 32, se dice: *«Las Empresas reconocen a los trabajadores afiliados a la organización sindical al momento de la firma de la presente convención colectiva, que la prima de vacaciones constituye factor salarial»*.

Ahora, para resolver el problema jurídico planteado, el a quo acudió a lo consagrado en los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, norma que establece:

ARTICULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES. Constituye salario **no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte**, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

ARTICULO 128. PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS. **No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador**, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad. (Negrilla de la Sala)

Respecto a la interpretación de estas normas, el órgano de cierre de la especialidad laboral, en sentencia CSJ SL-1662 del 5 de mayo de 2021, puntualizó:

Sobre particular, debe indicarse que esta Corporación encuentra, que si bien el artículo 127 el CST, establece que el pago habitual y continuo ya sea en dinero o en especie que retribuye directamente el servicio, debe ser catalogado como salario para todos los efectos legales, también es cierto que, a partir de la modificación que le introdujo el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, al canon 128 de la misma codificación, declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C – 521 de 1995, surgió la posibilidad de que beneficios habituales u ocasionales acordados convencional y contractualmente u otorgados extralegalmente por el empleador, podrían ser considerados sin incidencia salarial, en razón de lo acordado expresamente por las partes, situación que fue la que justamente aconteció en el caso bajo examen, donde Ecopetrol el 23 de noviembre de 2009, puso en consideración del actor, y este a su vez, había aceptado que el «*estímulo al ahorro*» no constituía salario, pese a haber hecho constar por escrito que «*no renuncio a la incidencia salarial que este pueda generar en mis prestaciones sociales y cesantías*».

Según ese criterio, las partes pueden convenir que ciertas erogaciones tengan o no el carácter salarial, desde luego, la voluntad de las partes al definir la naturaleza de estos pagos deberá examinarse en cada caso concreto.

Descendiendo al caso bajo examen, se encuentra demostrado que el señor Arteaga Grisales estuvo vinculado con la empresa desde el 11 de noviembre de 1992 (Págs. 4 a 6, pdf. 01. C01), y además que, se constata según certificación de fecha 7 de octubre de 1994, que este ingresó al sindicato Sintrafec desde el 6 de octubre de 1994, por lo que, a la fecha de suscripción del acuerdo convencional vigencia 1996-1997, el extrabajador tenía la condición de trabajador sindicalizado.

Constatando lo antes expuesto con las consideraciones del fallo revisado, acierta el Juez de primer grado al ratificar la condición de factor salarial de la prima extralegal de vacaciones, al advertir que las partes contratantes, empresa y Sindicato celebraron un acuerdo de voluntades con el fin de modificar la naturaleza de la prima de vacaciones, por lo que, le asistía razón al demandante al exigir el derecho reconocido convencionalmente.

No es aceptable el argumento de la enjuiciada en cuanto a que la misma cláusula convencional se reservó la prerrogativa que les permitía negociar con el trabajador la condición de factor salarial de la prima convencional, sin que hubiese demostrado la voluntad de modificar la categoría de la prestación, o resulte posible conceder prelación a una disposición del contrato de trabajo anterior a la suscripción de la CCT.

De hecho, el artículo 467 del CST indica que, a través de la CCT, las partes acuerdan «*fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia*», lo que conlleva a que las condiciones que allí se pacten entran a regular las relaciones de trabajo vigentes al momento de suscripción del convenio.

Por lo tanto, conforme a lo expuesto hasta ahora, se confirma la condena emitida por el Juez 16 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

3.4. DE LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

El artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, establece la regla general aplicable para la prescripción de las acciones laborales: *«Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible».*

En el mismo sentido, el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo reitera esta disposición, y agrega que: *«El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual».*

En cuanto a los efectos de la interrupción del término prescriptivo con la presentación de demanda, el artículo 94 del Código General del Proceso, establece: *«La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias»*, y dicha norma añade: *«Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado».*

Sobre este tópico, la Corte Suprema de Justicia, en sede de tutela, en sentencia STL4141-2022, al referirse en un caso similar a la aplicabilidad del artículo 94 del Código General del Proceso en asuntos laborales y la necesidad de evaluar las circunstancias particulares de cada caso concreto, señaló:

Por último, contrario a lo que expone la censura, el hecho de que, en los términos del artículo 29 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el demandado que se oculta tenga derecho a que se le designe un curador para la litis o deba ser emplazado, so pena de que se quebrante su derecho de defensa, no desvirtúa la validez de la regla jurisprudencial por virtud de la cual se puede dar lugar a la interrupción de la prescripción, si se demuestran conductas tendientes a evadir la notificación de la demanda dentro del término previsto en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, pues se trata de dos situaciones diferentes. La primera medida tiende a conformar debidamente el contradictorio y evitar violaciones al derecho de defensa, mientras que la segunda pretende preservar los derechos sustanciales de un demandante que ha actuado diligentemente.

Asimismo, cabe recordar lo dicho por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia CC T-005-2021:

No se puede pasar por alto que la jurisprudencia sobre la materia ha reconocido que el término establecido en el artículo 94 del CGP, no puede aplicarse de manera objetiva, sino que deben evaluarse las circunstancias de cada caso y analizar si la ausencia de notificación obedeció a causas atribuibles al demandante o, por el contrario, a la administración de justicia. Caso en el cual, se debe seguir adelante con el proceso, pues no opera la prescripción.

Puesto en consideración lo anterior, procede la Sala a resolver lo correspondiente a la excepción de prescripción considerando que la demanda se interpuso contra la federación demandada, estando vigente el vínculo empleaticio, pero habiendo transcurrido un término extenso desde que se produjo el acuerdo convencional que reconoció el derecho en cabeza del trabajador, es decir, que se debe evaluar las condiciones, y determinar desde cuándo inicia el lapso previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Analizado el caso concreto encontramos que la demanda fue presentada el día 17 de septiembre de 2018, sin embargo, hay que estudiar las razones expuestas por ambos recurrentes para determinar si les asiste o no razón en los argumentos de recurso.

Con respecto a las cesantías, no le asiste razón al extremo opositor, teniendo presente que esa prestación se hace exigible cuando termina el vínculo laboral, hecho que aún no había sucedido al momento de la presentación de la demanda, por sustracción no existiría la obligación, lo que conlleva a confirmar la sentencia sobre ese punto de debate.

Ahora, frente a los requerimientos de la parte demandante, no comparte la Sala los argumentos del Juzgador de primer grado, y se concluirá que la fecha de presentación de demanda si tuvo el efecto de interrumpir la prescripción de esas sumas bajo los siguientes lineamientos:

Si bien es cierto, la notificación del auto admisorio de la demanda se hizo al demandante por anotación en estados del 22 de mayo de 2019, por lo que, en principio, la parte interesada tendría hasta esa misma fecha del año siguiente para realizar los trámites de notificación a la demandada.

En efecto, a folio 219 del expediente físico, obra aviso de notificación radicado el 18/07/2019 (Pág. 234, pdf. 1, C01); y, luego, se avizora memorial entregado por el procurador judicial demandante el día 21 de agosto de 2019, acompañado de constancia y certificación de recibido del 31 de julio de 2019 (Págs. 235 a 239, ídem).

En la misma fecha, esa parte radicó un memorial donde allega al proceso constancia de envío a los correos electrónicos habilitados por la demandada (Págs. 240 a 241, ídem). Posteriormente, el 16 de septiembre del mismo año, trae al plenario constancia de entrega de citación para la notificación personal (Págs. 242 a 245, ídem).

Ahora, frente a ello, debe advertir la Sala, que mediante auto del 31 de enero de 2020 el Juzgado conminó a la actora, para que aportase copia de auto admisorio debidamente cotejado, sin que esa parte atendiera el requerimiento que se le hizo.

El proceso, como señaló el Juez de primera instancia, estuvo cobijado por las suspensiones de términos decretadas para los meses de marzo a junio de 2020, una de las medidas que se adoptaron para evitar la propagación del virus del Covid-19.

Con el Decreto 806 de 2020, se habilitaron los medios tecnológicos para la realización de notificaciones personales; pero en el plenario no se observa un requerimiento del Juzgado para que realice la notificación por este medio, tampoco impulsó la Unidad Judicial el trámite de notificación al demandado, y no obra constancia de que el expediente se encuentre digitalizado y ello le permitiera adelantar el enteramiento por los medios virtuales.

Conforme a lo anterior, es claro que el interesado al palpar la situación de parálisis de su proceso solicitó a la secretaría del Juzgado copia del expediente para adelantar la notificación del auto admisorio de la demanda (Pág. 248, ídem). Y, en consecuencia, aportó finalmente la constancia de remisión de correo electrónico del día 25 de octubre de 2021 (Págs. 251 a 257, ídem).

Así las cosas, es claro que la notificación no se hizo en el término de ley; sin embargo, al analizar las pruebas se observa un cúmulo de situaciones derivadas no de la falta de impulso de la parte actora, sino que coincidieron con la conducta de la demandada al abstenerse de atender las citaciones para recibir la notificación, a lo que se suma la pandemia del Covid-19, por lo que, no es viable endilgarle la responsabilidad a la demandante, por lo tanto, deberá tenerse como fecha de interrupción de prescripción la de la presentación de la demanda.

Resultado de lo anterior, se modificará la decisión de primer grado, teniendo como fecha de interrupción de prescripción el día 17 de septiembre de 2018, y se declararán prescritas las prestaciones causadas desde el 17 de septiembre de 2015 hacia atrás,

excepto las vacaciones que lo serán en la misma fecha, pero correspondiente al año 2014.

Por ello, se debe realizar de nuevo el cálculo de intereses y primas de servicios de 2015 a 2018 y de las vacaciones de 2014 a 2018, las restantes se mantendrán con la base salarial que tomó el a quo, ya que ese punto no fue materia de debate en los recursos interpuestos.

Concepto / Año	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	Total
Cesantías	\$ 280.074	\$ 301.154	\$ 317.005	\$ 333.689	\$ 369.096	\$ 394.982	\$ 422.578	\$ 450.174	\$ 478.174	\$ 506.174	\$ 239.490	\$ 4.092.590
Intereses de Cesantías	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 12.672	\$ 47.398	\$ 50.709	\$ 54.021	\$ 57.380	\$ 60.740	\$ 4.789	\$ 287.709
Primas de servicios	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 428.511	\$ 1.602.547	\$ 1.714.725	\$ 1.817.609	\$ 478.174	\$ 506.174	\$ 161.162	\$ 4.380.299
Vacaciones	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 205.955	\$ 748.854	\$ 801.274	\$ 857.363	\$ 223.966	\$ 249.320	\$ 276.320	\$ 161.162	\$ 3.524.213
												\$ 12.284.811

En consecuencia, deberá modificarse parcialmente lo decidido por la primera instancia y disponer la modificación de la condena por intereses de cesantías, primas de servicios y vacaciones, tal y como se dispuso en la sentencia.

3.5 DE LAS COSTAS DEL PROCESO

Con relación a las costas, al no prosperar el recurso interpuesto por la demandada y prosperar el de la demandante, se impondrá condena en costas a la demandada en segunda instancia. Fíjese como agencias en derecho, la suma de \$1.300.000 pesos.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VI. DECIDE:

PRIMERO: Modificar parcialmente los numerales primero y segundo de la **sentencia** proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, el 15 de junio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral promovido por Arlid Arteaga Grisales en contra de Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, conforme con las consideraciones expuestas en esta providencia, los cuales, quedarán así:

PRIMERO: CONDENAR a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA a reconocer y pagar al demandante señor ARLID ARTEAGA GRISALES, los siguientes conceptos que corresponden a reliquidación de prestaciones sociales y de vacaciones, por efecto de tener como factor salarial la prima de vacaciones convencional:

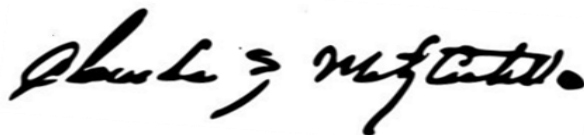
- a) Por auxilios de cesantías cuatro millones noventa y dos mil quinientos noventa pesos (\$4.092.590) Mcte.
- b) Por intereses a las cesantías doscientos ochenta y siete mil setecientos nueve (\$287.709) Mcte.
- c) Por concepto de primas de servicios cuatro millones trescientos ochenta mil doscientos noventa y nueve (\$4.380.299) Mcte.
- d) Por concepto de vacaciones tres millones quinientos veinticuatro mil doscientos trece (\$3.524.213) Mcte.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada de las pretensiones no acogidas en esta sentencia, y se declaran probadas respecto de tales pretensiones no acogidas, la excepción de inexistencia de la obligación, y así mismo, se declara probada la excepción de prescripción, respecto de las reliquidaciones causadas hasta el 17 de septiembre de 2015, respecto de primas de servicios e intereses a las cesantías, y lo causado hasta el 17 de septiembre de 2014 respecto de vacaciones, prescripción que no afecta los valores concretos condenados en la parte resolutive.

SEGUNDO: Condenar en costas a la demandada en segunda instancia, tal y como se indicó en la parte motiva. Fíjese como agencias en derecho, la suma de \$1.160.000 pesos.

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

Los Magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



DEMANDANTE:	Gloria Cristina Olmos Leguísamo
DEMANDADA:	Administradora Colombiana de pensiones – Colpensiones, Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA y Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Adicionar y confirmar
RADICADO Y LINK:	11001310500220190062701 11001310500220190062701

AUTO

Bogotá, veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Conforme con lo dispuesto en los artículos 74 y 75 del Código General del Proceso, en los términos de los documentos allegados, (pág. 05; pdf. 006; 02-C002) se reconoce personería para actuar en representación de Colpensiones a la doctora Lyda Bibiana Gil Herrera, con Tarjeta Profesional 373527 del Consejo Superior de la Judicatura y a la doctora, Valentina Gómez Trujillo en representación de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, con Tarjeta Profesional 366614 del Consejo Superior de la Judicatura.

En la fecha indicada, la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados** Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda **y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa **como** ponente, se reunió para resolver el recurso de apelación **interpuesto** por la AFP Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de esta, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario adelantado por la señora **Gloria Cristina Olmos Leguísamo** en contra de la **Administradora Colombiana de pensiones – Colpensiones, Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA y Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA.**

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

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende la demandante la declaratoria de nulidad de su vinculación y traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por la AFP Porvenir acaecido el 12 de julio de 1995; a igual que, que se extienda la nulidad respecto de la vinculación a la AFP Protección SA efectuada el 22 de febrero de 2011 y, que se declare que ha permanecido afiliada sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPM- hoy administrado por Colpensiones. En consecuencia, se ordene a Porvenir SA y a Protección SA, trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, bonos pensionales, frutos e intereses junto con sus rendimientos y a su vez, a Colpensiones a recibir los mismos; extra y ultra petita; costas procesales (pág. 6 - 7 pdf. 01; 01-C001).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que estuvo afiliada a la Caja Nacional de Previsión Cajanal hoy Colpensiones desde el 22 de mayo de 1990, hasta el 30 de septiembre de 1990; se trasladó al RAIS a través de la ING Porvenir y Horizonte ING hoy AFP Porvenir SA, desde el 12 de julio de 1995 hasta el 31 de marzo de 2011; con posterioridad migró a Protección SA el 22 de febrero del 2011, afiliación que continua vigente hasta la fecha, advirtiendo que la decisión adoptada no fue informada, autónoma y consciente, ya que no se le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional. Expresó que solicitó la nulidad de su afiliación y retorno al RPM a Porvenir SA, Protección SA, quienes le negaron el traslado, por lo que posteriormente agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones, que también fue despachada desfavorablemente.

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Protección SA, manifestó su conformidad con la fecha de nacimiento, así como, la fecha de traslado a su entidad, la petición y la contestación de la proyección pensional de la demandante en \$2.065.396 pesos; asimismo, confirmo haber entregado el monto de su mesada pensional en oficio No. CAS -4388297 – V5S2M6; además, de aceptar la solicitud de nulidad y la negativa de sus pretensiones. De esta forma, oponiéndose a los hechos, toda vez que, la demandante estaba incurso en una prohibición legal, mientras la AFP cumplía con su deber profesional de brindar información.

Para derruir sus pretensiones, presento como excepciones de mérito la inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa e innominada o genérica. (pdf. 06, 01 -C001).

Porvenir SA al contestar aceptó los hechos relativos a, la fecha de nacimiento de la afiliada, la petición de nulidad del traslado a ellos elevada, y la respuesta negativa. De los demás hechos dijo que no le constan en su mayoría, por haber sido realizados por un tercero ajeno a ese fondo, y negó los que se refieren una indebida información al momento de traslado pues las condiciones del régimen fueron publicados en un diario de amplia circulación, explicó que la demandante podría en cualquier momento validar la información, así mismo que, a la fecha de traslado no existía la obligación de entregar cálculos y proyecciones acerca de su futuro pensional, finalmente, esclareció que sus asesores se referían a la desaparición de la entidad ISS más no del RPM.

Para derrumbar las pretensiones formuló como excepciones de fondo: prescripción; prescripción de la acción de nulidad; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y, buena fe (pdf. 10, *ídem*).

Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda, pero aceptó los hechos relacionados a, la fecha de nacimiento; inicio de la vida laboral y el estado de afiliación con Cajanal, de igual modo, rectifico la solicitud de nulidad del afiliado como la respuesta negativa. Frente a los demás hechos dijo que no le constan por tratarse de conclusiones o apreciaciones subjetivas, o basarse en documentos o hechos de un tercero ajeno a esa entidad.

Se opuso a las pretensiones de la demanda y para derruirlas formuló las excepciones de descapitalización del sistema pensional; inexistencia del derecho para regresar al

régimen de prima media con prestación definida; prescripción; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria e innominada o genérica (pdf. 04, *ídem*).

El apoderado de la parte **demandante** solicitó la confirmación de la decisión, porque ninguno de los demandados acreditó haberle suministrado a la demandante la asesoría idónea y oportuna al tenor del precedente jurisprudencial, pues la carga de la prueba se invierte para quien tiene la facilidad de demostrarla. (pdf. 009 *ídem*).

Protección SA no arrió alegatos de conclusión.

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 21 de marzo de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO realizado por la demandante **GLORIA CRISTINA OLMOS LEGUISAMO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.653.086, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA**, el 12 de julio de 1995 y consecuentemente los traslados horizontales de administradoras realizados a la **AFP ING HOY PROTECCIÓN SA**, el 5 de septiembre de 2003, a la **AFP HORIZONTE HOY PORVENIR SA**, el 18 de agosto de 2004 y a **PROTECCIÓN SA**, el 22 de febrero de 2011, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA, como última administradora a la que se encuentra vinculada la demandante, a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante **GLORIA CRISTINA OLMOS LEGUISAMO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.653.086, como cotizaciones, bonos pensionales, con los rendimientos que se hubieren causado, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, sin lugar a descuento alguno o deterioros sufridos por el bien administrado.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación efectuada por la demandante al Régimen de Prima Media el 22 de mayo de 1990, situación que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información de la historia laboral.

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

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte accionada la **PROTECCIÓN SA, PORVENIR SA y COLPENSIONES**, dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma total equivalente a medio (1/2) SMLMV, a cargo de éstas.

SEXTO: Si no fuere apelado el presente fallo, **CONSÚLTESE** con el Superior.”

Reflexionó que conforme a la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte, era menester declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional surtido por la demandante, en razón de que la AFP no demostró con suficiencia haberle suministrado a la actora información relevante, veraz y completa respecto del cambio de régimen y las modalidades de pensión en el RAIS, que los formularios de vinculación por sí solos no constituyen prueba suficiente para dar por establecido que la información fue veraz, ni menos se probó el consentimiento informado para tomar la decisión de traslado.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones manifestó haber cumplido con el deber de información y en ese sentido, destaco la inobservancia de los requisitos de la ineficacia del traslado, dado que, la demandante tenía conocimiento de las circunstancias que envuelven al RAIS conforme a la asesoría recibida en el año 1995, acto seguido, expone que, la afiliación de la demandante no coincide con lo dispuesto en la sentencia SU - 0625 de 2010 de la Corte Constitucional, por último, requirió adicionar a la sentencia la posibilidad de obtener a favor de Colpensiones la indemnización por daños y perjuicios (pdf. 17; ídem).

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

La apoderada de **Porvenir SA** reiteró que, el traslado es válido por cuanto se realizó de manera libre y voluntaria, a través de un formulario de afiliación autorizado por la ley, cumpliendo a cabalidad con las obligaciones de información, dilucidando que, nunca tuvo una posición dominante en dicha relación administrativa, agregando que, el deber del buen consejo surge con posterioridad a la fecha de afiliación, además que, para la época no era obligatorio hacer proyecciones por escrito, por otra parte, señalo que, la demandante contaba con los conocimientos necesarios, toda vez que, contaba con el título de abogada, adujo que, Colpensiones en su condición de agente oficioso debía reembolsar la utilidad obtenida por los rendimientos conseguidos en el RAIS, para terminar, solicita que no se ordene la devolución de rendimientos, gatos de administración y primas seguros previsionales (pdf. 007; 02 -C002).

Colpensiones alego que la demandante estaba inmersa en una prohibición legal para trasladarse pues para el momento de la presentación de la demanda contaba con 57 años, en suma, indica que no se ha configurado un vicio de consentimiento que dé lugar a declarar la nulidad, asimismo, la acción para solicitar la nulidad prescribió por

inactividad, a su vez, enfatiza que de existir nulidad esta fue saneada mediante la ratificación tacita, por otro lado, manifiesta una errónea interpretación del artículo 1604 del código civil, en el entendido que la carga de la prueba le corresponde al deudor del contrato de afiliación, de tal modo que, le resulta imposible probar hechos ocurridos hace 27 años, adicionalmente, señalo que, la obligación de información de la AFP también confluye con el deber de ilustración de la actora, finalmente, abordo la posible descapitalización del sistema pensional y afectación de la justicia material (pdf. 006; *idem*).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

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

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó la juez al declarar la ineficacia del traslado de la demandante Gloria Cristina Olmos Leguisamo al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 24 de febrero de 1962 (pág. 32 pdf 01- C001); ii) cotizó al RPM a través de la Caja Nacional de Previsión hoy Colpensiones desde el 22 de mayo de 1990, hasta el 30 de septiembre de 1990 (pág. 89 pdf 01 *ídem*); iii) mediante la suscripción del formulario de afiliación con fecha 12 de julio de 1995 se trasladó al RAIS administrado por Porvenir SA (pág. 31; pdf 10; *ídem*), posteriormente, se hizo efectivo el traslado a ING hoy Porvenir en fecha 01 de noviembre de 2003 y, a Horizonte desde el 01 de octubre de 2004 (pág. 29 pdf. 10; *ídem*) y finalmente, radico el 22 de febrero de 2011 solicitud de afiliación a la AFP Protección SA (pág. 88; pdf. 06; *ídem*) con efectividad desde el 01 de abril del 2011 (pág. 51; *ídem*), administradora en la que actualmente se encuentra vinculado con un total de 1205 semanas conforme la historia laboral expedida el 26 de enero de 2021 (pág. 37; pdf. 06; *ídem*).

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley, y en virtud de ésta norma, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado tiene que estar precedida del cumplimiento de ese mandato, como lo dispone el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

(...)la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019).

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, toda vez que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que la afiliada expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando la

administradora incumplió la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993.

De este modo, como la afiliada adujo la falta de información o la mala entrega de ésta por parte de la AFP, la administradora tiene sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*» (artículo 1604 CC), en ese orden, Porvenir SA es quien debe probar en contrario, es decir, que sí proporcionó la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado. Como la entidad cuenta con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrece, era quien debía probar que brindó una asesoría integral y completa a la demandante al momento de su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego. (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado del afiliado. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que la afiliada hubiese suscrito el formulario de vinculación o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que «*la afiliación se hace libre*

y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no liberan a las AFP de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

El argumento referente a que se impone una obligación inexistente al momento de la vinculación no es acertado por cuanto desde la creación de las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

En sus deberes estaba informar, verbigracia, las diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 93, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle a la afiliado **con detalle**, las **ventajas y desventajas** de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria.

Luego hay que insistir en que, la labor del funcionario del fondo privado de pensiones en el momento previo a hacer efectivo el traslado de régimen, debe trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -art. 10 D.720/94- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Porvenir SA haya afirmado en sus alegatos a la demandante le brindaron la asesoría requerida suficiente para el caso, y del derecho que tenía de trasladarse de régimen pensional, así como que conocía ambos regímenes; la Sala no encuentra

demonstración de que rebata la negación indefinida de la actora que no la recibió. Observándose que la demandante, por el contrario, no confesó ni aceptó que hubiera recibido una explicación detallada.

Por ello, la Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que la demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

La declaratoria de ineficacia implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado *«bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

Considera la Corporación que, al declararse la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS, **todos los actos jurídicos que se celebraron tras la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo que Porvenir SA y Protección SA trasladen a Colpensiones no solo los valores existentes en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, sino también, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, **sin que la AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización**.

Así lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P. Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

De ahí que, la Sala colige que, sí hay lugar a ordenar la indexación sobre los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, ceñida a los parámetros establecidos recientemente por nuestro órgano de cierre, en sentencias como la SL 359-2021 y especialmente la SL 950 de 2022, en las que se señala:

... Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Ello se corrobora, en el entendido que, los rendimientos de los aportes sirven para compensar la pérdida del valor adquisitivo del dinero, pues su causación depende de las variables económicas del mercado, es así como, la indexación permite contrarrestar la falta de certeza de su existencia, es decir que, reduce la incertidumbre de que se produzcan o no.

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

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

2.6. DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

En torno a la solicitud efectuada por Colpensiones, relacionada con que se condene a las administradoras de fondos de pensiones vinculadas al proceso a indemnizar a la entidad los **perjuicios** que se ocasionen como consecuencia de la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen de la demandante y su activación en el régimen de prima media, advierte la Sala que ello no hizo parte del objeto de este litigio ni del debate probatorio,

razón por la cual no es posible emitir una decisión de fondo respecto al particular. No sin antes advertirle, que puede iniciar las acciones respectivas, y a través del trámite pertinente acredite los perjuicios a los que hace referencia, con observancia de las garantías legales y constitucionales, en particular, del debido proceso, derechos de defensa y contradicción.

2.7. PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

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

Costas de segunda instancia a cargo de Colpensiones y en favor de la demandante, por resultar vencido en el recurso, las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 para la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y a favor de la demandante.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

PRIMERO: Adicionar al numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 21 de marzo de 2023 dentro del proceso promovido por Gloria Cristina Olmos Leguisamo contra las AFP Protección SA, Porvenir SA y, Colpensiones, en cuanto a que **Protección SA y Porvenir SA** deberán trasladar a **Colpensiones** los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de

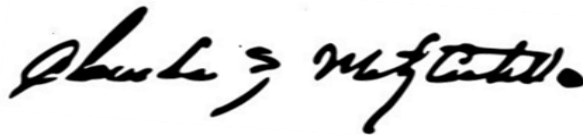
garantía de pensión mínima, debidamente indexados; así mismo que las órdenes deben cumplirse en el plazo de –30 días- junto con el traslado de la historia laboral del señor Juan Carlos Cuervo Alonso con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

TERCERO: Costas de segunda instancia a cargo de Colpensiones y en favor de la demandante, por resultar vencida en el recurso, las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 para la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y a favor de la demandante.

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

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



DEMANDANTE:	Ricardo Alberto Contreras Martínez
DEMANDADA:	Colpensiones y Porvenir SA
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Modificar, adicionar y confirmar
RADICADO Y LINK:	11001310503820210032301 11001310503820210032301

En Bogotá DC, a los veintidós (22) días de marzo de dos mil veinticuatro (2024) la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver los recursos de apelación **interpuestos** por la AFP Porvenir SA y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de la segunda, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario adelantado por el señor **Ricardo Alberto Contreras Martínez** en contra de las recurrentes.

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

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende el demandante la declaratoria de ineficacia de su vinculación y traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por la AFP Porvenir acaecido el 01 de septiembre de 1996; que se declare que ha permanecido afiliado sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con

Prestación Definida -en adelante RPM- hoy administrado por Colpensiones. En consecuencia, se ordene a Porvenir SA, trasladar a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas de las aseguradoras, con todos sus frutos como; rendimientos financieros, intereses y gastos administrativos y a Colpensiones a recibir los aportes e incorporarlos a la historia laboral; extra y ultra petita; costas y agencias en derecho (pág. 01 – 02; pdf.01; 01- C001).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que estuvo afiliado al ISS hoy Colpensiones desde el 01 de enero de 1982, hasta el 30 de abril de 1986; se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir SA desde el 01 de septiembre de 1996; pero que dicha decisión no fue informada, autónoma y consciente, ya que no se le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional. Expresó que solicitó la terminación de su traslado y posterior retorno al RPM a Porvenir SA, quien le negó el traslado, por lo que acto seguido, agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones, que también fue despachada desfavorablemente.

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Porvenir SA al contestar negó todos los hechos de la demanda, manifestando que el actor realizó su afiliación de manera libre, voluntaria e informada, dando lugar a un traslado exento de coacción, tal como, se demuestra en el formulario de afiliación No. 768082, de ahí que, se brindó información clara, precisa y veraz de las características y, requisitos del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de los demás hechos no dio constancia. Para derrumbar las pretensiones formuló como excepciones las de mérito prescripción; buena fe; inexistencia de la obligación; compensación; excepción genérica (pdf. 07; 02 -C002).

Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda, pero aceptó los hechos relacionados con la fecha de traslado del RPM al RAIS, fecha en que surtió el agotamiento de la reclamación administrativa, no obstante, frente a los demás relatos fácticos negó la omisión a el deber de asesoría y buen consejo, del mismo

modo que, alego la falta de vicio en el consentimiento o asalto a la buena fe para el momento de la afiliación. Por consiguiente, para derruir las pretensiones, formuló las excepciones perentorias 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 e innominada o genérica. (pdf. 06; *ídem*).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 19 de mayo de 2023, dispuso:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por el señor **RICARDO ALBERTO CONTRERAS MARTÍNEZ** con destino a la **A.F.P. PORVENIR S.A.** con ocasión de la suscripción del formulario de afiliación el 29 de julio de 1996. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **A.F.P. PORVENIR S.A.**, que conjunta y coordinadamente con la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a activar al demandante en condición de afiliado, en el Régimen de Prima Media con Presión Definida administrado por **COLPENSIONES**, y a trasladar al mismo régimen, los recursos percibidos por cuenta del demandante en el RAIS, durante el tiempo en que permaneció irregularmente vinculado a este régimen, debiendo transferirse los respectivos recursos debidamente indexados, tomando para el efecto el IPC, que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula:

ÍNDICE FINAL

ÍNDICE INICIAL

x

(Valor mensualmente percibido en el régimen de ahorro individual)

=

VALOR INDEXADO

Así deberá tomarse como índice inicial el del mes en que se verificó el pago de los respectivos recursos y como índice final el del momento que se efectuó el traslado de 2 mismos con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Siendo pertinente señalar que las accionadas contarán con un término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, para finiquitar este procedimiento, resaltando que el pago correspondiente, se podrá hacer tomando para el efecto el importe de sumas que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante y en caso de ser insuficientes, se pagaran con los recursos propios con de la **A.F.P. PORVENIR S.A.**, sin descuento alguno. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. Cabe anotar que de subsistir saldos en la cuenta de ahorro luego de estos procedimientos, deberán ser girados con destino al fondo de solidaridad pensional.

TERCERO: Dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas, frente a las determinaciones adoptadas.

CUARTO: COSTAS. Lo serán a cargo de la demandada **AFP PORVENIR S.A.** En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1´000.000, en favor de la demandante. Sin costas a cargo de **COLPENSIONES**.

QUINTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR”.

Reflexionó que conforme a la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte, era menester declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional surtido por la demandante, pues aunque exista un consentimiento libre de vicios no fue informado, toda vez que, la AFP no demostró con suficiencia haberle suministrado al actor información relevante, veraz y completa respecto del cambio de régimen y las modalidades de pensión en el RAIS, y que los formularios de vinculación por sí solos no constituyen prueba suficiente para dar por establecido que la información fue veraz.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir SA, apeló la sentencia parcialmente, en la medida en que, es improcedente la indexación de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual, habida cuenta que, las gestiones que propenden por la rentabilidad de los aportes no fueron susceptibles del fenómeno de la inflación, puesto que, es un rubro que incluye frutos financieros recibidos de dineros de la AFP, de ahí que, sea el traslado de los rendimientos el valor que compense la depreciación del poder adquisitivo, y de esta forma, se supla cualquier déficit fiscal que se pueda ocasionar con el traslado del demandante. Para terminar, expuso su inconformidad con la orden de pago con destino al FOPEP, dado que, la condena es impuesta a título sancionatorio, siendo contraria a el principio de taxatividad y legalidad.

Colpensiones solicitó revocar la sentencia por cuanto el demandante utilizó su propia culpa para beneficiarse, en vista a que, el afiliado ostenta la calidad de consumidor financiero adquiere la obligación de recaudar información de manera autónoma acerca de las condiciones y modalidades del traslado, sumado a lo anterior, aduce como su intención de permanecer al RAIS se afianza cuando no manifestó inconformidad a lo largo de su vinculación, asimismo, alegó la imposibilidad de asumir cargas adicionales a las impuestas por las leyes vigentes para el momento de la afiliación, finalmente, señala que, para efectuar las restituciones el demandante deberá desvirtuar la buena fe de los fondos privados.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado de **Porvenir SA** reiteró las razones del recurso; no se acreditaron los presupuestos de la nulidad absoluta o relativa, se inaplicó el principio de inescindibilidad de las normas, pues, se desprende del formulario de afiliación que la elección fue libre, espontánea y sin presiones, alega que la presunta irregularidad fue saneada a causa de la ratificación tácita durante el tiempo de permanencia en el régimen privado, por otra parte, resalta el deber que le asiste al demandante de estar informado, trajo a colación que su representada dispuso al afiliado los canales de comunicación para conocer las disposiciones de la ley 100 de 1993, arguyo haber cumplido con la carga de la prueba de conformidad a las normas del momento en que se efectuó el traslado, deviniendo en una violación al debido proceso y la confianza legítima; no es dable la devolución de rendimientos financieros por ausencia de mala fe, por último, se refirió a la improcedencia de la indexación de los recursos de la cuenta de ahorro individual pues no se han visto afectados por la inflación e implicaría una doble sanción. (pdf. 07;02- C002).

Colpensiones insistió en los argumentos esgrimidos en la sustentación del recurso, expresando que, el traslado goza de validez, puesto que, el demandante se encuentra inmerso en una prohibición legal para retornar al RPM, añadió que, su deber de información surge con la expedición de la circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera de Colombia; aludió que, la demandante debió demostrar la frustración de una expectativa legítima ocasionada por la afiliación al RAIS, resalto la inexistencia de un vicio de consentimiento o asalto a la buena fe, alego la dificultad de predecir los ingresos base de cotización para calcular la futura mesada pensional (pdf. 06; *ídem*).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

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

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó la juez al declarar la ineficacia del traslado del demandante Ricardo Alberto Contreras Martínez, con el consecuente regreso al

RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 24 de febrero de 1995 (pág.05; pdf. 01; 01-C001); ii) cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el 01 de enero de 1982, hasta el 30 de abril de 1986 (pág. 93; pdf. 07; *ídem*); iii) el 1 de septiembre de 1996 se trasladó al RAIS administrado por Porvenir SA mediante la suscripción del formulario de afiliación de fecha 29 de julio de 1996 (pág. 90; *ídem*), como se acredita con la certificación de Porvenir SA (pág. 89 *ídem*) administradora en la que actualmente se encuentra afiliado con un total de 1262 semanas conforme la historia laboral aportada (pág. 94 *ídem*).

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley, y en virtud de ésta norma, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado tiene que estar precedida del cumplimiento de ese mandato, como lo dispone el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

(...)la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro,

simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019).

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, toda vez que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que el afiliado expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando la administradora incumplió la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993.

De este modo, como el afiliado adujo la falta de información o la mala entrega de ésta por parte de la AFP, la administradora tiene sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*» (artículo 1604 CC), en ese orden, Porvenir SA es quien debe probar en contrario, es decir, que sí proporcionó la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado. Como la entidad cuenta con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrece, era quien debía probar que brindó una asesoría integral y completa al demandante al momento de su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede

desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego. (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado del afiliado. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que el afiliado hubiese suscrito el formulario de vinculación o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no liberan a las AFP de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

El argumento referente a que se impone una obligación inexistente al momento de la vinculación no es acertado por cuanto desde la creación de las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal

b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

Dentro de sus deberes estaba informar, verbigracia, las diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 93, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle a la afiliado **con detalle**, las **ventajas y desventajas** de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria.

Luego hay que insistir en que, la labor del funcionario del fondo privado de pensiones en el momento previo a hacer efectivo el traslado de régimen, debe trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -art. 10 D.720/94- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Porvenir SA haya afirmado en sus alegatos a la demandante le brindaron la asesoría requerida suficiente para el caso, y del derecho que tenía de trasladarse de régimen pensional, así como que conocía ambos regímenes; la Sala no encuentra demostración de que rebata la negación indefinida del actor que no la recibió. Observándose que el demandante, por el contrario, no confesó ni aceptó que hubiera recibido una explicación detallada.

Por ello, la Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que el demandante

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

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

La declaratoria de ineficacia implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado *«bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

Considera la Corporación que, al declararse la ineficacia del traslado del demandante del RPM al RAIS, **todos los actos jurídicos que se celebraron tras la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo que Porvenir SA traslade a Colpensiones no solo los valores existentes en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, sino también, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, **sin que la AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización**.

Así lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P Gerardo Botero Zuluaga.

Por ende, no comparte la Sala los argumentos expuestos por el apoderado judicial de Porvenir SA relativos a que no procede la orden de indexación de las condenas, ante tales reparos se conceptúa que sí hay lugar a ordenarla sobre los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, ceñida a los parámetros

establecidos recientemente por nuestro órgano de cierre, en sentencias como la SL 359-2021 y especialmente la SL 950 de 2022, en las que se señala:

... Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

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

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

Por consiguiente, se adicionará la devolución de todos los conceptos anteriormente mencionados con su respectiva indexación, habida cuenta de la necesidad de discriminar los rubros que conforman la cuenta de ahorro individual.

2.6. PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

2.7. APORTES AL FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL

El fondo de solidaridad pensional, es una cuenta especial del Presupuesto General de la Nación, adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, creada para subsidiar los aportes de trabajadores que no cuentan con los ingresos para cumplir con la totalidad de las cotizaciones y acceder al Sistema de Seguridad Social, es así como, este sistema en virtud de la Ley 100 de 1993, es financiado a través de los aportes realizados por trabajadores que devenguen un salario mensual igual o superior a 4 SMLMV, cuyo porcentaje oscila entre 1% y 2% del IBC, conviene advertir que, es de obligatorio cumplimiento, toda vez que, obedece a un mandato legal dirigido exclusivamente a los cotizantes independientes o asalariados.

En consecuencia, dichos recursos, deberán ser administrados por sociedades fiduciarias, en colaboración con el fondo de pensiones del sector solidario al que se encuentre afiliado el trabajador, en razón del artículo 25 de la mentada ley. Por consiguiente, no es dable afirmar que la deducción de los aportes del sistema de pensión tenga naturaleza sancionatoria, dado que, tanto la validez como su carácter imperativo tiene sustento en el principio de solidaridad, pues pretende mejorar la calidad de vida de los sectores de la población más desprotegida.

No obstante, cabe resaltar que cuando opera la ineficacia del traslado, se deberá devolver la totalidad de los aportes y, recursos que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual, sin que pueda quedar saldos a favor de la AFP Porvenir, puesto que hacen parte, del patrimonio del demandante que ha elegido retornar al RPM, de manera que, le corresponde a Colpensiones y no al fondo privado, llevar a cabo las funciones establecidas en el numeral 2.3 del artículo 2.2.14.1.3 del Decreto 1833 de 2016, como lo es, enviar las cuentas de cobro a EQUIDAD para ser aprobadas por el ordenador del gastos.

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

2.8. COSTAS DEL PROCESO

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

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

PRIMERO: MODIFICAR parcialmente el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 19 de mayo de 2023, dentro del proceso promovido por Ricardo Alberto Contreras Martínez en contra de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA y Colpensiones, en el sentido de no ordenar, el giro al fondo de solidaridad pensional de los saldos subsistentes en la cuenta de ahorro individual, de conformidad a lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: ADICIONAR al numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 19 de mayo de 2023 dentro del proceso promovido por Ricardo Alberto Contreras Martínez en contra de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA y Colpensiones, para tal fin, ordenar la realización de gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar al demandante con destino al RPM administrado por COLPENSIONES los recursos percibidos por cuenta del demandante en el RAIS, durante el tiempo en que este permaneció vinculado irregularmente a este régimen, debiendo transferirse los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración, seguros previsionales, y fondo de garantía de pensión mínima, **debidamente indexados**; y cumplir la orden de traslado en los 30 días siguientes a la sentencia, acompañado de la historia laboral del afiliado con la información

discriminada y detallada por cada período cotizado, del valor, los ciclos, IBC, aportes y demás datos relevantes, según las consideraciones de esta sentencia, en proporción al tiempo que estuvo afiliado el demandante a dicho fondo.

TERCERO: Costas de segunda instancia a cargo de Colpensiones y en favor del demandante. Sin condena en costas a Porvenir SA, en razón de, haber prosperado parcialmente el recurso de apelación. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 para Colpensiones y en favor de la demandante.

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

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



DEMANDANTE:	José Lenin Patiño Roa
DEMANDADA:	Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA y, Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Modificar, adicionar y confirmar
RADICADO Y LINK:	11001310503820220017101 11001310503820220017101

En Bogotá DC, a los veintidós (22) días de marzo de dos mil veinticuatro (2024), la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver los recursos de apelación interpuestos por Porvenir SA y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de ésta última, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario adelantado por el señor **José Lenin Patiño Roa** en contra de **Porvenir SA y Colpensiones**.

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

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende el demandante se declare la nulidad y/o ineficacia de su vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por Porvenir SA, y a su vez, se ordene su traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPM; así como que se ordene el retorno a

Colpensiones y su afiliación sin solución de continuidad. En consecuencia, se ordene a Porvenir SA trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos, intereses, bonos pensionales, cuotas de administración y, con el reporte de las semanas cotizadas, y a Colpensiones a recibir los aportes; con la actualización de su historia laboral; costas y agencias en derecho (págs. 03-04, pdf. 01, C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 28 de noviembre de 1959; su afiliación inicial al sistema general de seguridad social en pensiones lo fue al RPM a través del extinto ISS hoy Colpensiones y, luego se vinculó al RAIS con la AFP Porvenir SA. Pero que, la decisión inicial del traslado no fue informada, autónoma y consciente, por cuanto en ningún momento la AFP le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional; por último, agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones (pág. 02-03, *idem*).

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Porvenir SA, aclaró que el actor recibió información clara, precisa y veraz acerca de las condiciones, características y funcionamiento del RAIS, de manera, que su elección fue libre, espontánea e informada, en ese sentido, materializándose en la suscripción del formulario de afiliación No. 01519532, por otra parte, el demandante contaba con el conocimiento de las particularidades del sistema general de pensiones con ocasión de la ley 100 de 1993, y más aún, cuando en fecha 14 de enero de 2004, se advirtió a través de un comunicado de prensa del diario “El Tiempo”, la posibilidad de trasladarse entre regímenes, para finalizar, puso de presente que en el momento de la vinculación no existía la obligación de entregar proyecciones acerca de su futuro pensional.

Para derrumbar sus pretensiones, propuso como excepciones de mérito la prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y, excepción genérica (pdf. 07; 01 - C001).

Colpensiones aceptó los hechos referentes a la fecha de nacimiento del demandante y, el agotamiento de la reclamación administrativa en virtud del cual, se solicitó la anulación del traslado, no obstante, esclareció que, de conformidad al reporte de semanas, el demandante cotizó hasta el 28 de febrero de 2001 y, un total de 963,71 semanas en el RPM; de los demás hechos dijo no constarle. Formulo las excepciones de fondo que denominó: 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, e innominada o genérica (pdf. 08; *ídem*).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 20 de abril de 2023, dispuso:

“PRIMERA: DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por **JOSE LENIN PATIÑO ROA** con destino a la **AFP PORVENIR S.A.** con ocasión de la suscripción del formulario de afiliación el 22 DE FEBRERO DE 2001. Lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y a la **AFP PORVENIR S.A** que conjuntamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar con destino al RPMPD administrado por **COLPENSIONES** al demandante junto con los recursos percibidos en el RAIS por cuenta del demandante, durante el tiempo en que permaneció vinculado irregularmente a este régimen, debiendo transferirse los respectivos recursos debidamente indexados, tomando para el efecto el IPC, que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula:

$$\frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}} \times \text{VALOR HISTORICO (Valor de Cada Cotización)} = \text{VALOR INDEXADO}$$

Debiéndose tomar como índice inicial, el del mes en que se verificó el giro de los recursos correspondientes y como índice final, el del momento en que se verifique el traslado de tales recursos con destino al RPMPD sin lugar a deducciones por concepto alguno, siendo pertinente señalar que las accionadas contarán con un término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia para finiquitar tal procedimiento, resaltando que el pago correspondiente se podrá hacer tomando para el efecto el importe de las sumas que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante y en caso de ser insuficientes, se pagarán los saldos respectivos con cargo

a recursos propios de la AFP PORVENIR S.A, sin lugar a descuento de naturaleza alguna. Lo anterior, en los términos señalados en la parte motiva de la presente sentencia.

Ahora bien, de subsistir saldos luego de estas operaciones en la cuenta de ahorro individual del demandante, los mismos deberán ser girados al Fondo de Solidaridad Pensional, al hacer parte estos recursos al Sistema General de Pensiones.

TERCERO: EXCEPCIONES Dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas respecto de las determinaciones adoptadas

CUARTO: COSTAS. Lo serán a cargo de la demandada AFP PORVENIR S.A. En firme la presente providencia, por Secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1'000.000 en favor del demandante. Sin costas a cargo de COLPENSIONES

QUINTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR.”

Conforme a la línea jurisprudencial trazada por la Corte Constitucional y la Sala de Casación Laboral de la CSJ, consideró que lo procedente era declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional surtido por el demandante, pues a pesar de evidenciarse un consentimiento libre de vicios, no se suministró de manera informada, por cuanto, la AFP demandada no acreditó haber otorgado la asesoría suficiente, relevante, veraz y completa, al momento de su afiliación al RAIS o de su traslado entre AFP, en razón de que, los formularios de afiliación por sí solos no constituyen prueba suficiente para tener por demostrado que la información fue integra, calificada y objetiva.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir, expresó su inconformidad con la decisión, señalando que no hay lugar a devolver todo a su estado inicial, pues basta con que se devuelva las cotizaciones de manera indexada, por otro lado, discrepó respecto de la decisión de destinar los saldos sobrantes de la cuenta de ahorro individual al Fondo de Solidaridad Pensional, puesto que, provocaría un enriquecimiento sin justa causa en dicha entidad, de ahí que, esta determinación tenga naturaleza sancionatoria, de esta manera indicando que, no se pueden imponer sanciones sin estar definidas previamente por la ley.

Colpensiones, manifestó en la sustentación del recurso, que el afiliado mantuvo su intención de acogerse a las reglas del régimen privado, toda vez que, acreditó permanencia en el RAIS, adicionalmente, destacó el deber de información a cargo de los consumidores y la obligación de desvirtuar la buena fe de la AFP con el fin de que, prospere la pretensión de nulidad o ineficacia (pdf. 15; 01 – C001).

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado de **Porvenir SA** expuso que no se configuraron los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional, dado que, se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresó en el formulario de afiliación que, goza de plena autenticidad, además, de acreditarse el deber de información a través de la publicación en el diario “El Tiempo” las disposiciones de la ley 100 de 1993, sostuvo que, se soslayó el principio de inescindibilidad para efectos de describir la nulidad, aludió que, en cabeza del demandante recae el deber de indagación y que, para el momento del traslado era inexistente la obligación de suministrar información calificada, hizo hincapié en la ratificación tacita del demandante por permanencia en el tiempo, y finalmente, solicitó que solo se condenará a su representada a restituir el saldo de la cuenta individual con los rendimientos del RISS, sin lugar a devolver otras sumas de dineros de manera indexada, siendo esto igual a imponer una doble sanción (pdf.008; 02 – C002).

La apoderada del **demandante** solicitó la confirmación de la sentencia en torno a la declaratoria de ineficacia y las consecuencias de esta, en aplicación del precedente jurisprudencial; toda vez que, el formulario de vinculación no da cuenta de la información necesaria de cada régimen; sumado a la falta de pruebas que den certeza del cumplimiento del deber de información, y el pánico social que se desató con ocasión de la liquidación del ISS, también adujo que, Porvenir SA no acompañó evidencia sobre la capacitación brindada a los asesores de venta, asimismo, manifestó que su poderdante tuvo que requerir la información ya cuando se encontraba en la edad para pensionarse (pdf. 006; *ídem*).

La apoderada de **Colpensiones** reiteró los argumentos expuestos en la sustentación del recurso en la primera instancia para que se revoque la sentencia (pdf. 010; *ídem*).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

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

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó el juez al declarar la ineficacia del traslado del demandante José Lenin Patiño Roa al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 28 de noviembre de 1959 (pág. 11 pdf. 01 - C001); ii) cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el 16 de marzo de 1982, hasta el 28 de febrero de 2001 como lo acredita el reporte de semanas cotizadas de Colpensiones (pág. 51 – 56; pdf.08; *ídem*); iii) se trasladó al RAIS administrado por Porvenir SA mediante la suscripción del formulario de afiliación de fecha 22 de febrero de 2001 (pág. 34; pdf. 01 - C001), con afiliación activa desde el 01 de abril del 2001 (pág. 94; pdf. 07, *ídem*); iv), y, con un total de 741 semanas cotizadas registradas en la historia laboral con fecha de generación 12 de agosto de 2022 (pág.87; pdf. 07; 01 – C001); v) agotamiento de la reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando la aceptación del traslado y retorno a dicha administradora (pág. 40 – 44; pdf. 01; 01 – C001).

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley, de acuerdo con la cual, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado debe estar precedida del cumplimiento de ese mandato, tal como lo dispone el artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019)".

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que el afiliado expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando la administradora incumplió la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993, vigentes a la fecha del traslado y de la migración entre el RAIS.

De este modo, como el afiliado adujo la falta de información o la mala entrega de esta por parte de las AFP a las que estuvo afiliado y a la que se encontraba vinculado a la fecha de la demanda, éstas tienen sobre sí la carga de demostrar el

cumplimiento de esa obligación, por cuanto: *«la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo»* (artículo 1604 CC), en ese orden, Porvenir SA era quien debía probar en contrario, que sí proporcionó la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado, porque cuentan con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, es decir, era quien debía arrojar elementos de convicción al interior del proceso que, se brindó una asesoría personalizada y completa al demandante al momento de su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, en razón de que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, por cuanto las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado del afiliado. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que el afiliado hubiese suscrito el formulario de vinculación de cada AFP o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que *«la afiliación se hace libre y voluntaria»*, *«se ha efectuado libre, espontánea y sin*

presiones» u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no las libera de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

Desde su creación, las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

En sus deberes estaba informar de las diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 93, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y, las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle al afiliado **con detalle**, las ventajas y desventajas de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria.

Labor que debe trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -Decreto 729 de 1994, artículo 10- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Porvenir SA, insistió en su defensa que a la demandante le brindaron la asesoría requerida suficiente para el caso, así como Colpensiones, entes que insistieron en destacar que sí conocía ambos regímenes, la Sala no encuentra

demostración que rebata la negación indefinida del actor de que no la recibió. Observándose que el demandante en su interrogatorio no le explicaron de manera concienzuda del régimen, y menos que hubiera confesado o aceptado que conocía el régimen, por el contrario, solo permitió evidenciar un conocimiento vago o somero, mas no que conociera todas las características de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias que implicaba su traslado.

Bajo tales premisas, la Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que el demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

Bajo esa tesitura, la declaración de ineficacia de traslado implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado *«bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

La consecuencia jurídica es que **todos aquellos actos jurídicos que se celebraron con posterioridad a la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo que Porvenir SA traslade a Colpensiones no solo las cotizaciones con los rendimientos financieros, como lo ordenó el *a quo* sino que también están compelidos a devolver, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, **sin que ninguna de las AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización**, como lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad.

86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P Gerardo Botero Zuluaga.

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

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

... Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

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

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

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

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

Por consiguiente, se modificará la orden a la AFP de devolver a Colpensiones los aportes de la demandante junto con sus rendimientos, para determinar que a su vez deberá trasladar los gastos de administración, seguro previsional y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, en consonancia con los porcentajes de distribución estipulados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, como se precisó en reciente jurisprudencia SL2048-2023, siendo estos tres conceptos los únicos sobre los cuales se dispuso la indexación.

Distinción que encuentra su asiento en que, por disposición legal, los aportes pensionales deben generar una rentabilidad mínima, con la cual compensar la pérdida del poder adquisitivo, siendo éste el argumento que sustenta la devolución de las cotizaciones con sus rendimientos causados; a diferencia de lo que ocurre con los restantes conceptos –gastos de administración - sumas destinadas al seguro previsional - montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima-, que para el momento en que opere su devolución al RPMPD ya han sido afectados por el fenómeno de la depreciación, por ello la necesidad de ordenar su indexación, a fin de traerlos a valor presente.

Sin embargo, conviene aclarar que la actualización de los aportes solo opera si la AFP respectiva no pone a disposición de Colpensiones los conceptos ordenados en el plazo otorgado.

2.6. PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con

la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

2.7. APORTES AL FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL

El fondo de solidaridad pensional, es una cuenta especial del Presupuesto General de la Nación, adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, creada para subsidiar los aportes de trabajadores que no cuentan con los ingresos para cumplir con la totalidad de las cotizaciones y acceder al Sistema de Seguridad Social, es así como, este sistema en virtud de la Ley 100 de 1993, es financiado a través de los aportes realizados por trabajadores que devenguen un salario mensual igual o superior a 4 SMLMV, cuyo porcentaje oscila entre 1% y 2% del IBC, conviene advertir que, es de obligatorio cumplimiento, toda vez que, obedece a un mandato legal dirigido exclusivamente a los cotizantes independientes o asalariados.

En consecuencia, dichos recursos, deberán ser administrados por sociedades fiduciarias, en colaboración con el fondo de pensiones del sector solidario al que se encuentre afiliado el trabajador, en razón del artículo 25 de la mentada ley. Por consiguiente, no es dable afirmar que la deducción de los aportes del sistema de pensión tenga naturaleza sancionatoria, dado que, tanto la validez como su carácter imperativo tiene sustento en el principio de solidaridad, pues pretende mejorar la calidad de vida de los sectores de la población más desprotegida.

No obstante, cabe resaltar que cuando opera la ineficacia del traslado, se deberá devolver la totalidad de los aportes y, recursos que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual, sin que pueda quedar saldos a favor de la AFP Porvenir, puesto que hacen parte, del patrimonio del demandante que ha elegido retornar al RPM, de manera que, le corresponde a Colpensiones y no al fondo privado, llevar a cabo las funciones establecidas en el numeral 2.3 del artículo

2.2.14.1.3 del Decreto 1833 de 2016, como lo es, enviar las cuentas de cobro a EQUIDAD para ser aprobadas por el ordenador del gastos.

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

2.8 COSTAS DEL PROCESO

Costas de segunda instancia a cargo de Colpensiones a favor de la demandante, por haber sido vencida en la alzada. En esta instancia no se impondrán costas a Porvenir SA, por haber prosperado parcialmente el recurso. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 a cargo de Porvenir SA y en favor de la demandante.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

PRIMERO: MODIFICAR parcialmente el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 19 de mayo de 2023, dentro del proceso promovido por José Lenin Patiño Roa en contra de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA y Colpensiones, en el sentido de no ordenar, el giro al fondo de solidaridad pensional de los saldos subsistentes en la cuenta de ahorro individual, de conformidad a lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

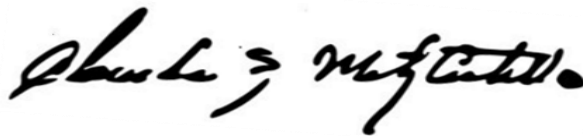
SEGUNDO: ADICIONAR al numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 20 de abril de 2023 dentro del proceso promovido por José Lenin Patiño Roa en contra de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA y Colpensiones, para tal fin, ordenar la realización de gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar al demandante con destino al RPM administrado por COLPENSIONES los recursos percibidos por cuenta del demandante en el RAIS, durante el tiempo en que este permaneció vinculado irregularmente a este régimen,

debiendo transferirse los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración, seguros previsionales, y fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados; y cumplir la orden de traslado en los 30 días siguientes a la sentencia, acompañado de la historia laboral del afiliado con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, del valor, los ciclos, IBC, aportes y demás datos relevantes, según las consideraciones de esta sentencia, en proporción al tiempo que estuvo afiliado el demandante a dicho fondo.

TERCERO: Costas de segunda instancia a cargo de Colpensiones y en favor del demandante. Sin condena en costas a Porvenir SA en razón de haber prosperado parcialmente el recurso de apelación. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 para Colpensiones y en favor de la demandante.

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

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



DEMANDANTE:	Maria Fernanda Bautista Bautista
DEMANDADA:	Colfondos SA, Porvenir SA y Colpensiones
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Adiciona y confirma
RADICADO Y LINK:	11001310502320220032001 11001310502320220032001

En Bogotá DC, a los veintidós (22) días de marzo de dos mil veinticuatro (2024) la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de ésta última, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario adelantado por la señora **María Fernanda Bautista Bautista en contra de Colfondos SA, Protección SA y Colpensiones**.

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

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende la demandante la declaratoria de nulidad o ineficacia de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por la Administradora de Fondo Privado de Pensiones y Cesantías ING hoy Protección SA; que en consecuencia se declare la ineficacia de traslado efectuada por la demandante a Colfondos SA; que se reconozca que ha permanecido afiliada sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPMPD- hoy

administrado por Colpensiones. En consecuencia, se ordene a Protección SA y Colfondos SA a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos y a la AFP Colpensiones a recibir los aportes, actualizar, corregir y poner a su disposición la historia laboral; costas y agencias en derecho; extra y ultra petita (pág. 5 pdf. 01, C001).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 18 de septiembre de 1967 y actualmente tiene 56 años, estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones desde el día 22 de diciembre de 1989 hasta el 30 de septiembre de 1995; se trasladó al RAIS a través de la AFP Administradora de Fondo Privado de Pensiones y Cesantías ING, hoy Protección SA; pero que dicha decisión no fue informada, autónoma y consciente, toda vez que no se le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional; manifestó que a mediados del año 1996 se trasladó a Colfondos Pensiones y Cesantías SA; informó que agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones, que fue desatada desfavorablemente.

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Colfondos SA, en su contestación aceptó los hechos relativos a la fecha de nacimiento de la accionante, a que la fecha de traslado fue en el año 1996, a la simulación pensional que indicó que al cumplimiento de los 57 años de la demandante no cumpliría con los requisitos para pensionarse; en referencia a los demás hechos, no los admitió porque no le constaban o alegó no son ciertos. Para derrumbar las pretensiones formuló como excepciones de mérito las de falta de legitimación en la causa por pasiva, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, ratificación de la afiliación de la actora al fonde de pensiones obligatorias administrado por Colfondos SA, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica (pág. 4-18, pdf. 07, C001).

Protección SA, aceptó los hechos relativos a la fecha de nacimiento de la demandante y a la fecha de traslado a Colfondos SA, sobre los demás hechos presentó oposición o

alegó no le constaban por tratarse de un tercero. Para derruir las pretensiones propuso excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes a otra Administradora de Fondos de Pensiones. (pág. 3-24, pdf. 09, *ídem*).

Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptó los hechos referentes a la fecha de nacimiento de la actora, la fecha de afiliación al ISS y el agotamiento de la reclamación administrativa de forma negativa, de los demás dijo que no le constan. Para derruir las pretensiones formuló las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica (pág. 4-17, pdf. 08, *ídem*).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 05 de mayo de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la demandante MARIA FERNANDA BAUTISTA BAUTISTA del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A y por ende a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.
SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido, entre el 01 de octubre de 1995 al 31 de julio de 1996, con motivo de la afiliación de la demandante MARIA FERNANDA BAUTISTA BAUTISTA, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, incluidos los gastos administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago, con recursos propios.

PARÁGRAFO: Se autoriza efectuar el descuento del dinero que transfirió a la AFP PROTECCIÓN con ocasión al traslado de fondo solicitado por la demandante el 01 de agosto de 1996.

TERCERO:CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación e la demandante MARIA FERNANDA BAUTISTA BAUTISTA, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia,incluidos los gastos admininistración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago, con recursos propios.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir a la señora MARIA FERNANDA BAUTISTA BAUTISTA en el régimen de Prima Media, como si nunca se hubiese trasladado de dicho régimen y a corregir su historia laboral, conforme a las semanas cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual.

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

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

SEPTIMO: ORDENAR así fuere apelado este fallo en su oportunidad, se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el Superior, en razón que las pretensiones son adversas a COLPENSIONES.

Reflexionó que conforme a la línea jurisprudencial trazada respecto de la ineficacia del traslado por la Sala de Casación Laboral de la Corte, era menester declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional surtido por la demandante, en razón de que la AFP no demostró con suficiencia haberle suministrado información relevante, veraz y completa respecto del cambio de régimen y las modalidades de pensión en el RAIS, que el formulario de vinculación por sí solo no constituye prueba suficiente para dar por establecido que la información fue veraz.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones recurrió la sentencia, alegó el supuesto de que la demandante se encuentra inmersa en prohibición para retornar al RPMPD, además, manifestó que el monto de la mesada pensional no es una causal para la declaración de la ineficacia del traslado, consideró que la demandante tuvo herramientas para informarse de forma autónoma, que la ley 100 de 1993 es pública y de libre reproducción y que por ende la parte actora pudo recurrir a esta en cualquier momento; manifestó que la declaratoria de ineficacia afecta la sostenibilidad financiera del sistema, también solicitó no se le condene en costas en segunda instancia.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado de la señora María Fernanda Bautista Bautista manifestó que se dan los presupuestos jurisprudenciales para declarar la ineficacia porque las AFP Protección y Colfondos SA, incumplieron el deber brindar información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas entre ambos regímenes, por lo que, su traslado al régimen pensional resulta inválido; que el traslado horizontal entre administradoras del RAIS no subsana los vicios de la afiliación inicial; que además su poderdante demostró actuar bajo el principio de la buena fe. En razón de ello, solicitó la confirmación de la decisión de primera instancia (pdf. 008, C002).

Colpensiones manifestó que la demandante se encuentra en la imposibilidad de retorno al RPM estipulada en el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; que para la fecha del traslado solo le era exigible el diligenciamiento del formulario y la información contenida en ese documento, así como que la demandante tenía la responsabilidad de haberse informado sobre las consecuencias de permanecer en un fondo privado, lo que impide la demostración de un vicio en el consentimiento. Y acotó que la decisión afecta el principio de sostenibilidad financiera por la sobrecarga en el régimen de prima media. Debido a esto, solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia. (pdf. 06, ídem).

De acuerdo con constancia secretarial las partes demandadas Colfondos SA y Protección SA no descorrieron traslado para alegar en segunda instancia.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

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

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó la juez al declarar la ineficacia del traslado de la demandante María Fernanda Bautista Bautista al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 18 de septiembre de 1967 (pág. 12, pdf 01, C001); ii) cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el 22 de diciembre de 1989 (pág. 49, pdf 08 *ídem*); iii) el 01 de octubre de 1995 se trasladó al RAIS administrado por la Administradora de Fondos Privado de Pensiones y Cesantías ING hoy Protección SA (pág. 45 pdf. 09, *ídem*), iv) migró a Colfondos SA en fecha de proceso 13 de junio de 1996 y con fecha de novedad 02 de julio de 1996 de acuerdo con reporte de SIAFP (pág. 44, pdf. 09, *ídem*); v) agotó la reclamación administrativa solicitando el traslado a Colpensiones (pág. 14 pdf. 01 *ídem*).

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley, y en virtud de ésta norma, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado tiene que estar precedida del cumplimiento de ese mandato, como lo dispone el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

(...)la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019).

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o

no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, toda vez que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que la afiliada expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando la administradora incumplió la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993.

De este modo, como la afiliada adujo la falta de información y la mala entrega de ésta por parte de la AFP, la administradora tiene sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*» (artículo 1604 CC), en ese orden, son las AFP Colfondos SA y Protección SA quienes deben probar en contrario, es decir, que sí proporcionó la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado. Como la entidad cuenta con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrece, era quien debía probar que brindó una asesoría integral y completa a la demandante al momento de su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego. (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la acreditación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado del afiliado. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que la afiliada hubiese suscrito el formulario de vinculación o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no liberan a las AFP de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

El argumento referente a que se impone una obligación inexistente al momento de la vinculación no es acertado por cuanto desde la creación de las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

Entre sus deberes estaba informar las diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 93, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle a la afiliado **con detalle**, las **ventajas y desventajas**

de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria.

Luego hay que insistir en que, la labor del funcionario del fondo privado de pensiones en el momento previo a hacer efectivo el traslado de régimen, debe trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -art. 10 D.720/94- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Colpensiones por su parte insista en que la demandante no demostró que hay sido inducida en error al momento de migrar al RAIS, que por el contrario no presentó inconformidad alguna durante sus extensos periodos de afiliación y que en la accionante recae también el deber de informarse respecto del contrato que firmó con la AFP, la Sala no encuentra demostración que rebata la negación indefinida de la actora que no la recibió, a quién no solo no se le brindó información amplia, suficiente y oportuna, sino que además recibió información tergiversada y engañosa, como en su interrogatorio manifestó: «*Me comentó que era muchísimo mejor que yo me trasladara del seguro social a un fondo, porque el seguro social se iba a terminar, se iba a acabar y que mi pensión iba a ser muchísimo más alta y me podía pensionar a cualquier edad... bajo esas circunstancias, pues yo acepté y me cambié* ». Se vislumbra que la actora no confesó ni aceptó que hubiera recibido una explicación detallada y completa al momento de la afiliación.

Por ello, la Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que la demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

La declaratoria de ineficacia implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado «*bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien,*

siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida» (CSJ SL1689-2017).

Al declararse la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS, **todos los actos jurídicos que se celebraron tras la suscripción de dicha afiliación pierden fuerza vinculante**; por lo que es legítimo que Porvenir SA traslade a Colpensiones no solo los valores existentes en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, sino también, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y el fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, **sin que la AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización**; como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, MP Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, MP Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, MP Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 MP Gerardo Botero Zuluaga.

Se impone precisar que, dado que la historia laboral es relevante por los aportes del trabajador, los salarios, el empleador, entre otros datos, tiene como propósito la verificación de estos para reconocer una prestación pensional futura que supone que el beneficiario cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con las que se financiará, de manera que la pensión es fruto del trabajo de años y su otorgamiento se respalda con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral.

2.6. PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

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

En cuanto a la condena en costas de segunda instancia dada la no prosperidad del recurso se impondrá condena en costas la AFP Colpensiones. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.300.000 a cargo de Colpensiones, en favor de la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

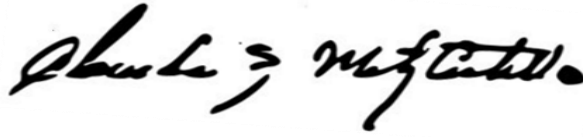
PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 05 de mayo de 2023 dentro del proceso promovido por **María Fernanda Bautista Bautista** contra las AFP Protección SA, Colfondos SA y Colpensiones, en cuanto a que **Colfondos SA** deberá cumplir la orden de traslado dentro de los 30 días siguientes a la sentencia acompañado de la historia laboral de la afiliada con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, del valor, los ciclos, IBC, aportes y demás datos relevantes, según las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: Confirmar la sentencia en lo demás.

TERCERO: Se impondrá condena en costas para la recurrente Colpensiones. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.300.000 a cargo de Colpensiones en favor de la parte demandante.

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

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado

(*) Hiper vínculo expediente digitalizado:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EqEktM1ce8tlr8BdswEfp_MBtwoOodGZ_N-z1cRD8QeZ1EA?e=gl5eCg



DEMANDANTE:	Myriam Amparo Andrade Hernández
DEMANDADA:	Porvenir SA, Protección SA y Colpensiones
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Adiciona y confirma
RADICADO Y LINK:	11001310502820210048001 11001310502820210048001

En Bogotá DC, a los veintidós (22) días de marzo de dos mil veinticuatro (2024), la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver los recursos de apelación interpuesto por la AFP Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de ésta última, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario adelantado por la señora **Myriam Amparo Andrade Hernández** en contra de **Porvenir SA, Protección SA y Colpensiones**.

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

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende la demandante se declare la ineficacia de su vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por las AFP Porvenir SA y Protección SA; se ordene su traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPMPD-; así como que se ordene el retorno a Colpensiones y su afiliación sin solución de continuidad. En consecuencia, se

ordene a Porvenir SA y Protección SA trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos, bonos, cotizaciones, sumas adicionales, gastos de pólizas por invalidez y muerte, devolución de los gastos de administración y a Colpensiones a recibir los aportes; con la actualización de su historia laboral con el detalle de la devolución de aportes; pretende también se ordene el reconocimiento y pago de perjuicios morales causados estimado en doscientos (200) SMMLV; costas y agencias en derecho.

Como subsidiarias deprecó la declaratoria de nulidad de la afiliaciones de los actos por medio de los cuales se trasladó al RAIS, y declarar que su afiliación ha sido permanente en el RPMPD; se ordene a Porvenir SA y Protección SA trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos, bonos, cotizaciones, sumas adicionales, gastos de pólizas por invalidez y muerte, la devolución de los gastos de administración y a Colpensiones a activar la afiliación de la señora Myriam Amparo Andrade Hernández y a recibir los aportes; además, que se ordene el reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados estimado en doscientos (200) SMMLV; costas y agencias en derecho (págs. 2-3, pdf. 01, C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 15 de diciembre de 1957; que actualmente cuenta con 53 años de edad; que su afiliación inicial al sistema general de seguridad social en pensiones fue en la Caja de Previsión Social de Cundinamarca del día 01 de octubre de 1988 hasta el 30 de junio de 1989; que desde el 08 de agosto de 1989 hasta el 31 de diciembre de 1995 estuvo afiliada a la Caja de Previsión Social de Bogotá, posteriormente continuó afiliada al RPMPD a través del extinto ISS hoy Colpensiones desde el 01 de enero de 1996; el día 24 de mayo de 2002 se vinculó al RAIS con la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA. Pero que, la decisión inicial del traslado no fue informada, autónoma y consciente, por cuanto en ningún momento la AFP le brindó una asesoría completa, integral y veraz; que bajo las mismas condiciones suscribió formulario de afiliación con Santander Pensiones y Cesantía hoy Protección SA; indicó que simultáneamente solicitó la nulidad de afiliación ante Protección SA y Porvenir SA el día 15 de julio de 2021, con respuesta desfavorable de las AFP, en la misma fecha agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones sin obtención de respuesta. (pág. 10-14, ídem).

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Porvenir SA presentó oposición a las pretensiones de la demanda; solo admitió lo relativo a la edad de la demandante los que hablan de la petición de anulación del traslado resuelto de forma negativa; de los demás los negó o manifestó que no consta de ellos. Formuló como excepciones de mérito las de: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe. (pág. 2-35, pdf. 06, ídem).

Colpensiones aceptó el hecho referente al agotamiento de la reclamación administrativa y su no contestación; de los demás hechos dijo no constarle. Propuso las excepciones de mérito que denominó: Inexistencia afectación por protección judicial SL 373-2021, perfeccionamiento actos de relacionamiento, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad y la innominada o genérica. (pág. 2-26, pdf. 07, ídem).

En su contestación **Protección SA** aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante, a la proyección pensional realizada, admitió lo referente a la petición mediante la cual la accionante solicitó la nulidad de afiliación y su respuesta desfavorable; frente a los demás hechos alegó que no son ciertos o no le constan.

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 13 de marzo de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora MIRIAM ANDRADE HERNANDEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1° de julio de 2002, por intermedio de la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora MIRIAM ANDRADE HERNANDEZ identificada con C.C. 51.917.827 a COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

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

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las demandadas. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora.

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

Conforme a la línea jurisprudencial trazada por la Corte Constitucional y la Sala de Casación Laboral de la CSJ, consideró que las AFP demandadas no probaron haberle suministrado la asesoría suficiente y entregado información clara, precisa y detallada, al momento de su afiliación al RAIS o de su traslado entre AFP, en razón de que los formularios de afiliación por sí solos no constituyen prueba suficiente para tener por demostrado que la información fue veraz, así como tampoco los comunicados de prensa acreditan prueba suficiente del cumplimiento del deber de información, toda vez que, la responsabilidad surge al momento de la celebración del acto jurídico y que la asesoría debe darse de manera individual respecto de cada caso en concreto.

De conformidad con las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, con la devolución de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se salvaguarda la sostenibilidad financiera del sistema, con los cuales Colpensiones cubrirá la prestación a futuro.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones manifestó en la sustentación del recurso, que en cuanto a la inversión de la carga de la prueba, debe tener en cuenta que la actora con los medios y capacidades para comprender en qué consistía el traslado de régimen, que ellos actúan como un tercero de buena fe, que se está afectando la sostenibilidad financiera del sistema, y coloca en peligro la seguridad social de los demás afiliados que a diferencia de la actora sí han venido efectuando sus aportes

a ese régimen para construir su pensión; y que se condene en costas a las AFP Protección y Porvenir SA a pagar un cálculo actuarial de las mesadas pensionales y que se liquide bajo los parámetros del RPMPD de acuerdo con la expectativa de vida de la accionante.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado de la **demandante** solicitó la confirmación de la sentencia en torno a la declaratoria de ineficacia y las consecuencias de esta, en aplicación del precedente jurisprudencial (pdf. 008, C02).

Porvenir SA mediante apoderada judicial solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia y la absolución de las pretensiones incoadas por la demandada, toda vez que considera no se configuran los presupuestos de nulidad de traslado, además alegó que no existe consonancia entre los hechos y pretensiones del libelo mandatorio (pdf 006, C002).

Según constancia secretarial la demandada Colpensiones SA quién actúa como recurrente no describió traslado para alegar en segunda instancia (pdf 009, C002).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

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

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó el juez al declarar la ineficacia del traslado de la demandante Myriam Amparo Andrade Hernández al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 15 de diciembre de 1967 (pág. 31, pdf. 01, C01); ii) estuvo afiliada a la Caja de Previsión Social de Cundinamarca del día 01 de octubre de 1988 hasta el 30 de junio de 1989 cotizó al RPM de acuerdo con certificado CETIL (pág. 32, pdf. 01, C01); iii) que desde el 08 de agosto de 1989 hasta el 31 de diciembre de 1995 estuvo afiliada a la Caja de Previsión Social de Bogotá (pág. 32, pdf. 01, C01); iv) continuó afiliada al RPMPD a través del ISS hoy Colpensiones desde el 01 de enero de 1996, hasta el 31 de diciembre de 1997 como lo acredita el reporte de semanas cotizadas de Colpensiones (pdf. 08, GRP-SHC, expediente administrativo); v) se trasladó al RAIS con la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA mediante la suscripción de formulario de afiliación de la fecha 24 de mayo de 2002 (pág. 41, pdf. 06, *ídem*); vi) migró dentro del RAIS mediante suscripción de formulario de afiliación de fecha 05 de septiembre de 2003 con la AFP Santander Pensiones y Cesantía hoy Protección SA (pág. 40, pdf. 01, *ídem*) con afiliación activa desde el mes de julio de 1994, según consta en la historia laboral aportada por Protección SA (pág. 81, pdf. 09, *ídem*); agotamiento de la reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando la aceptación del traslado y retorno a dicha administradora (pág. 80-83, pdf. 01 *ídem*).

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley, de acuerdo con la cual, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado debe estar precedida del cumplimiento de ese mandato, tal como lo dispone el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019)».

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que el afiliado expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando la administradora del fondo privado incumplió la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993, vigentes a la fecha del traslado y de la migración entre el RAIS.

De este modo, como la afiliada adujo la falta de información o la mala entrega de esta por parte de las AFP a las que estuvo afiliada y a la que se encontraba vinculada a la fecha de la demanda, éstas tienen sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*» (artículo 1604 CC), en ese orden, Porvenir SA y Protección SA eran quienes debían probar en contrario, que sí proporcionaron información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado, porque cuenta con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, es decir, era quien debía arrojar elementos de convicción al interior del

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

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, en razón de que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, por cuanto las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado del afiliado. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que la afiliada hubiese suscrito el formulario de vinculación de cada AFP o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no las libera de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

Desde su creación, las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

En sus deberes estaba informar de las diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 93, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y, las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle al afiliado **con detalle**, las ventajas y desventajas de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria.

Labor que debe trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -Decreto 729 de 1994, artículo 10- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Colpensiones insistiera en su defensa, que tanto Porvenir SA como Protección SA, le brindaron a la demandante la asesoría requerida suficiente para el caso y a su vez insista en destacar que en la accionante reposa el deber de tener conocimiento del traslado y sus consecuencias, la Sala no encuentra demostración que rebata la negación indefinida de la actora de que no la recibió. Observándose que la demandante en su interrogatorio manifestó que la información le fue suministrada en una reunión general, y a todo el personal lo reunieron y firmaron el formulario; que no hubo un asesor que le explicara que era una cuenta de ahorro individual, ni las modalidades por las cuales se podía pensionar en el RAIS, o como los aportes voluntarios, ni del derecho de retracto.

Es decir, que no le explicaron de manera concienzuda las características del régimen, y menos que hubiera confesado o aceptado que tenía un conocimiento claro del mismo, por el contrario, solo permitió evidenciar un conocimiento vago o somero, mas no que conociera todas las características de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias que implicaba su traslado.

Bajo tales premisas, la Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que la demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

Bajo esa tesitura, la declaración de ineficacia de traslado implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado *«bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

La consecuencia jurídica es que **todos aquellos actos jurídicos que se celebraron con posterioridad a la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo que **Porvenir SA** traslade a Colpensiones no solo las cotizaciones con los rendimientos financieros, como lo ordenó el *a quo* sino que también están compelidos a devolver, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, **sin que ninguna de las AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización**, como lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad.

86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P Gerardo Botero Zuluaga.

Frente al retorno en el caso bajo estudio, si bien consta en el certificado electrónico de tiempos laborados (CETIL) de la actora que reposa a folios 32 a 39 (archivo 01Demanda), y del interrogatorio de parte practicado a ésta, se desprende que previo al traslado de régimen pensional, la demandante estuvo afiliada a la extinta Caja de Previsión Social de Cundinamarca (CAPRECUNDI) y a la también extinta Caja de Previsión Social de Bogotá DC, lo cierto es que ante la prosperidad de las pretensiones de la demanda –ineficacia del traslado al régimen pensional-, la afiliación de la actora debe darse a Colpensiones, por cuanto es ésta la única entidad que en la actualidad administra el RPMPD, en armonía con el decreto 2196 de 2009, y con el Decreto 2013 de 2012 que entre sus disposiciones ordenaron el traslado de los afiliados de la entidad liquidada -que sería el caso de la actora-, al entonces ISS hoy Colpensiones.

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

En torno a los ataques del apoderado de Colpensiones relativos a la afectación económica del sistema, se advierte, que frente a esto opera la indexación, como se ha indicado por ministerio de la ley para menoscabo del detrimento patrimonial del RPMPD, conforme a los parámetros establecidos por nuestro órgano de cierre, en sentencias SL 359-2021 y especialmente la SL 950 de 2022, así:

... Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por

Colpensiones. Criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

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

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

Por consiguiente, no procede el cálculo actuarial de las mesadas pensionales bajo los parámetros del régimen de prima media, reprochado por Colpensiones, por cuando ello queda cubierto con la indexación que opera de pleno derecho. En consecuencia, se confirmará la orden a la AFP de devolver a Colpensiones los aportes de la demandante junto con sus rendimientos, para determinar que se a su vez deberá trasladar los gastos de administración, seguro previsional y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, en consonancia con los porcentajes de distribución estipulados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, como se precisó en reciente jurisprudencia SL2048-2023, siendo estos **tres conceptos** los únicos sobre los cuales se dispuso la **indexación**.

Distinción que encuentra su asiento en que, por disposición legal, los aportes pensionales deben generar una rentabilidad mínima, con la cual compensar la pérdida del poder adquisitivo, siendo éste el argumento que sustenta la devolución de las cotizaciones con sus rendimientos causados; a diferencia de lo que ocurre con los restantes conceptos –gastos de administración - sumas destinadas al seguro previsional - montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima-, que para el momento en que opere su devolución al RPMPD ya han sido afectados por el fenómeno de la depreciación, por ello la necesidad de ordenar su indexación, a fin de traerlos a valor presente.

Sin embargo, conviene aclarar que la actualización de los aportes solo opera si la AFP respectiva no pone a disposición de Colpensiones los conceptos ordenados en el plazo otorgado.

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

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

Así mismo, se adicionará el numeral tercero, para ordenar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Porvenir SA y Protección SA, deberán hacerse dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida, con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones.

2.6. PRESCRIPCIÓN

Se advierte, tal y como lo conceptuó la juez, que la excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

2.7 COSTAS DEL PROCESO

Finalmente, considera pertinente este despacho abordar las costas del proceso en contra de **Colpensiones**, toda vez que si bien no se apeló en la sustentación del recurso respecto de la condena en costas impuestas en primera instancia, debemos tener en cuenta que la misma se está revisando en el grado jurisdiccional de

consulta. Por ende, como las condenas impuestas no lo fueron por su actuar negligente u omisivo, sino como consecuencia de la ineficacia de una afiliación por la desidia que tuvo un tercero con la demandante; así que las condenas que asume hoy surgen de la declaratoria de ineficacia, por lo que no hay lugar a condenar a esta codemandada a las costas de primera instancia, y en tal sentido se revocará parcialmente el numeral quinto de la sentencia objeto de alzada

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

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

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el numeral quinto de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 13 de marzo de 2023 dentro del proceso promovido por Myriam Amparo Andrade Hernández contra las AFP Protección SA, Porvenir SA y Colpensiones; para absolver a Colpensiones de la condena en costas impuestas en primera instancia; de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral segundo en el sentido de condenar a **Protección SA** a devolver a Colpensiones los aportes de la señora Myriam Amparo Andrade Hernández, junto con sus rendimientos, bonos pensionales, los gastos de administración, seguro previsional y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, siendo estos tres conceptos los únicos sobre los cuales se dispuso la indexación; condenar a **Porvenir SA** a devolver indexados a Colpensiones los concepto de gastos de administración, seguro previsional y aportes al fondo de garantía de pensión mínima; que deberán hacerse dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida, con el suministro de la información prevista en el artículo

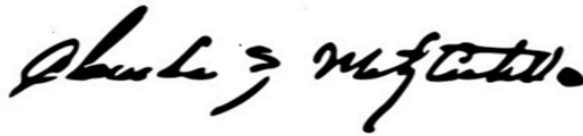
2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-,

TERCERO: Confirmar la sentencia en lo demás.

CUARTO: Se impondrá condena en costas para la recurrente Colpensiones. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.300.000 M/CTE, a cargo de Colpensiones en favor de la parte demandante.

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

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



DEMANDANTE:	Adriana Hermida Enciso
DEMANDADA:	Colpensiones y Porvenir SA
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Adiciona y confirma
RADICADO Y LINK:	11001310500520210053501 11001310500520210053501

En Bogotá DC, a los veintidós (22) días de marzo de dos mil veinticuatro (2024) la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados** Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, **y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para surtir el Grado Jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones respecto de la sentencia proferida el 17 de marzo de 2023 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá DC en aplicación del artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES.

Pretende la demandante la declaratoria de ineficacia de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por la AFP Porvenir el 1 de junio de 2004; que se declare que ha permanecido afiliada sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPM- hoy administrado por Colpensiones. En consecuencia, se ordene a Porvenir SA, trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos y a Colpensiones a recibir los aportes; extra y ultra petita; costas y agencias en derecho (pág.3-4 pdf. 02 C001).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones desde el 24 de agosto de 1990, hasta el día 30 de mayo de 2004 que se trasladó al RAIS a través de Porvenir SA, el cual se hizo efectivo el 01 de junio de 2004; pero esa decisión no fue informada, autónoma y consciente, ya que no se le brindó una asesoría amplia, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional. Expresó además, que el día 31 de agosto de 2021 agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando el retorno al RPM y la ineficacia en el traslado de Colpensiones a Porvenir SA, solicitudes que le despachada desfavorablemente.

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Porvenir SA al contestar aceptó los hechos relativos a la petición de ineficacia del traslado a ellos elevada, la respuesta negativa y a la vigencia de la afiliación de la demandante a la AFP. De los demás hechos los negó o dijo no constarles. Para derrumbar las pretensiones formuló como excepciones las de prescripción, y de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe (pdf. 07, *ídem*).

Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda, sin embargo, aceptó los hechos relacionados a, la afiliación de la demandante al Instituto de Seguros Sociales (ahora Colpensiones) en el año 1990, a el agotamiento de la reclamación administrativa, a la respuesta negativa a la solicitud de afiliación e ineficacia del traslado del RAIS al RPM, a los demás hechos manifestó que no le constan por tratarse de conclusiones o apreciaciones subjetivas, o basarse en documentos o hechos de un tercero ajeno a esa entidad.

Para desestimar las pretensiones, formuló las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida en base al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, prescripción de la acción laboral, inexistencia de causal de nulidad, buena fe, cobro de lo

no debido, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica (pdf. 05, *ídem*).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 17 de marzo de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por la señora ADRIANA HERMIDA ENCISO, a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses, y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante, procediendo a actualizar su historia laboral.

TERCERO: COSTAS únicamente a cargo de PORVENIR S.A., inclúyase como agencias en derecho la suma de cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

CUARTO: En caso de que este fallo no fuera apelado, CONSÚLTESE con el superior a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Juzgó que conforme a la línea jurisprudencial de la Corte, era menester declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional surtido por la demandante, en la medida en que la AFP no demostró con suficiencia haberle suministrado a la actora información relevante, veraz y completa respecto del cambio de régimen y las modalidades de pensión en el RAIS, que los formularios de vinculación por sí solos no constituyen prueba suficiente para dar por establecido que la información fue veraz, ni menos se probó el consentimiento informado para tomar la decisión de traslado.

Sin embargo, se apartó parcialmente de la línea jurisprudencial en cuanto a las consecuencias del traslado y los conceptos a devolver por parte del fondo privado a Colpensiones, por cuanto no declaró la devolución de los gastos de administración y primas de seguro previsional, puesto que, consideró este que debe existir un equilibrio entre las cargas, teniendo en cuenta que el efecto de la ineficacia retrotrae las cosas, y al devolver a su estado inicial la afiliación de la demandante, es decir, su afiliación al RPM, entonces su afiliación a Porvenir SA no existió y por tanto, concluyó que sus aportes no generaron rendimiento; y que de ordenarse su devolución, ésta genera una afectación al sistema y a Colpensiones, determinando a su consideración la necesidad de generar un equilibrio en las cargas decidiendo entonces no declarar la devolución de los gastos

de administración porque tienen una destinación específica con la finalidad de proporcionar al afiliado el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte, y fueron invertidas conforme con la estructura del RAIS.

1.5. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Teniendo en cuenta que la decisión le fue desfavorable a una entidad descentralizada en la que la Nación es garante y que no se interpuso el recurso de apelación, el presente asunto se estudiará en el Grado jurisdiccional de Consulta en cumplimiento de lo establecido en el artículo 69 del CPTSS.

Así las cosas, deberá la Sala establecer si es procedente declarar la ineficacia del traslado al régimen privado en causa de la omisión del deber de la AFP de informar a la afiliada.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado de la parte **demandante** solicitó la confirmación de la decisión (pdf. 011, *ídem*).

Porvenir SA mediante apoderada judicial solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia y la absolución de las pretensiones incoadas por la demandada. (pdf. 06, *ídem*).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL GRADO JURISDICCIONAL DE LA CONSULTA

Conoce la Sala del grado jurisdiccional de la consulta de la sentencia a favor de Colpensiones de conformidad con lo señalado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó el juez al declarar la ineficacia del traslado de la demandante Adriana Hermida Enciso al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 19 de enero de 1965 (pág. 55 pdf 02 C01); ii) cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el 24 de agosto de 1990, hasta el 07 de junio de 1996 (pág. 224– 226 pdf 06 *ídem*); iii) el 01 de junio de 2004 se trasladó al RAIS administrado por Horizonte hoy Porvenir SA mediante la suscripción del formulario de afiliación de fecha 21 de abril de 2004 (pág. 9 pdf. 07, *ídem*), como se acredita con la certificación de Porvenir SA (pág. 143 pdf 07 *ídem*) administradora en la que actualmente se encuentra afiliado con un total de 1.284 semanas conforme la historia laboral aportada (pág. 137-142, pdf. 07 *ídem*).

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley, y en virtud de ésta norma, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado tiene que estar precedida del cumplimiento de ese mandato, como lo dispone el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

(...)la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por

el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019).

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, toda vez que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que al permanecer la afiliada en el RAIS, tal acto expresó su voluntad al permanecer en este régimen y que su vinculación conserva validez, cuando la administradora incumplió la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993.

De este modo, como la afiliada adujo la falta de información o la mala entrega de ésta por parte de la AFP, la administradora tiene sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: *«la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo»* (artículo 1604 CC), en ese orden, Porvenir SA es quien debe probar en contrario, es decir, que sí proporcionó la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado. Como la entidad cuenta con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrece, era quien debía probar que brindó una asesoría integral y completa a la demandante al momento de su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno

cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego. (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado del afiliado. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021,CSJ3719-2021)"

Ahora, el hecho de que la afiliada hubiese suscrito el formulario de vinculación o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no liberan a las AFP de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

El argumento referente a que se impone una obligación inexistente al momento de la vinculación no es acertado por cuanto desde la creación de las AFP , estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

En sus deberes estaba informar, verbigracia, las diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición

de la Ley 100 de 93, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle a la afiliado **con detalle**, las **ventajas y desventajas** de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria. Que deben trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -art. 10 D.720/94- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Porvenir SA haya afirmado en sus alegatos que a la demandante le brindaron la asesoría requerida suficiente para el caso, y del derecho que tenía de trasladarse de régimen pensional, y que conocía ambos regímenes; la Sala no encuentra demostración de que rebata la negación indefinida de la actora que no la recibió. Observándose que la demandante, por el contrario, no confesó ni aceptó que hubiera recibido una explicación detallada.

Por ello, la Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que la demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

La declaratoria de ineficacia implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado «*bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida*» (CSJ SL1689-2017).

Considera la Corporación que, al declararse la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS, **todos los actos jurídicos que se celebraron tras la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que a diferencia de los argumentos

del juez, es legítimo que Porvenir SA traslade a Colpensiones no solo los valores existentes en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, sino también, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, **sin que la AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización.**

Así lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P Gerardo Botero Zuluaga.

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

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

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

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

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

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

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

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

Bajo tales supuestos, en cuanto a la decisión del juez de primera instancia de no declarar la devolución Colpensiones todos los conceptos indexados, se impone precisar que en reciente jurisprudencia SL2048-2023, la Corte agrupó en dos rubros diferentes las sumas a restituir; en primer lugar, las correspondientes a los aportes pensionales con sus rendimientos financieros; y en segundo lugar, los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y las dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, en consonancia con los porcentajes de distribución estipulados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, esta distinción encuentra su asiento en que, por disposición legal, los aportes pensionales deben generar una rentabilidad mínima, con la cual compensar la pérdida del poder adquisitivo, siendo éste el argumento que sustenta la devolución de las cotizaciones con sus rendimientos causados; a diferencia de lo que ocurre con los restantes conceptos –gastos de administración - sumas destinadas al seguro previsional - montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima-, que para el momento en que opere su devolución al RPMPD ya han sido afectados por el fenómeno de la depreciación, por ello la necesidad de ordenar su indexación, a fin de traerlos a valor presente.

Sin embargo, conviene aclarar que la actualización de los aportes solo opera si la AFP respectiva no pone a disposición de Colpensiones los conceptos ordenados en el plazo otorgado.

Por consiguiente, se adicionará al numeral **segundo** para ordenar la devolución de los conceptos de gastos de administración, primas de seguro previsional, y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, y precisar que la actualización de los aportes tendrá lugar en el caso de que la AFP respectiva, no ponga a disposición de Colpensiones los conceptos ordenados dentro del plazo otorgado para ello

2.6. PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

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

Sin lugar a condena en costas de segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

PRIMERO: ADICIONAR al numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 17 de marzo de 2023 dentro del proceso promovido por Adriana Hermida Enciso contra la AFP Porvenir SA y Colpensiones; en el sentido de ordenar a Porvenir SA que restituya los gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional, y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados. Los aportes solo deberán ser indexados en el evento de que la AFP no ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas dentro del plazo de **-1 mes-** concedido en la sentencia de primera instancia; de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa.

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

TERCERO: Sin costas en esta segunda instancia, por los motivos antes expuestos.

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

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado

Link expediente digitalizado:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EifMZyIQWMVFjDHFzrMCKT4BHdX3s4fBzKyRygk1hIb_b8w?e=hJJBwz



DEMANDANTE:	Miriam Lucia Ávila Guzmán
DEMANDADA:	Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia de traslado
DECISIÓN:	Modificar, adicionar y confirma
RADICADO Y LINK:	11001310502020220002101 11001310502020220002101

En Bogotá DC, a los veintidós (22) días de marzo de dos mil veinticuatro (2024), la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados** Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, **y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones como surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la sentencia proferida el 28 de febrero de 2023, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá DC.

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

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende la demandante que se declare la ineficacia del traslado, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida en adelante RPMPD al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en adelante RAIS; en consecuencia, se ordene a dicha entidad devolver a Colpensiones la totalidad de aportes realizados, rendimientos financieros, cuotas de administración, bono pensional a que haya lugar y cualquier suma adicional del

asegurado, de acuerdo a lo dispuesto del artículo 1746 del CC; costas y agencias en derecho (págs. 24 al 27, pdf. 01, C01).

1.2. HECHOS

Declaró la señora Miriam Lucia Ávila Guzmán que se identifica con la cédula de ciudadanía No. 39556424 de Girardot, Cundinamarca; nació el 11 de julio de 1961; que se desempeña como trabajadora dependiente del Hospital Militar Central; que cotizó en el Sistema de Seguridad Social en el Régimen de Prima Media.

Indicó que el 1° de abril de 1994 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Porvenir SA, resaltó que para momento del diligenciamiento del formulario este fue llenado por un funcionario del fondo de pensión, sin cumplir con el lleno de los requisitos.

Señaló que para el momento de su traslado no se encontraba bajo el régimen de transición que se encuentra constatado en el Acuerdo 049 de 1990, modificado por el Decreto 758 de 1990, asumiendo para esa fecha la prestación pensional el Hospital Militar Central.

El 13 de diciembre de 2021 presento ante la AFP Porvenir SA y Colpensiones, solicitud de afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, según lo obrado en las pruebas aportada por la parte demandante.

Manifestó que el Fondo privado en ningún momento informó a la demandante las implicaciones, ventajas y consecuencias que se generarían con el cambio de régimen pensional, como que:

(...)el valor de la pensión dependía directamente de la modalidad de retiro programado, entre otras modalidades y que el posible monto pensional estaba sujeto a los rendimientos de capital fluctuantes por las tasas de interés del mercado, el nivel de riesgo de inversión en el portafolio del Fondo Privado, el alto costo de la venta del Bono pensional en el mercado secundario para una pensión anticipada.

Como tampoco le informó a la señora Miriam Ávila los valores, *«porcentajes mensuales de descuento que por la administración de tales recursos le efectuaría el Fondo a la afiliada y que disminuyen mes a mes el monto ahorrado por la afiliada»*; y las

implicaciones que conllevar cambiar de régimen para los servidores públicos y/o empleados oficiales condición que ostenta la parte actora.

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Colpensiones aceptó los siguientes hechos: el número de identificación de la demandante, como la fecha de nacimiento de esta y el agotamiento de la reclamación administrativa; respecto de los demás hechos señaló que no le constan por radicar en cabeza de terceros. Para derribar las pretensiones propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del art. 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 administrativas de seguridad social del orden público, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social e innominada o genérica (pdf 08, C01).

Porvenir SA, al contestar aceptó los hechos relativos a la afiliación al RAIS administrado por AFP Horizonte hoy Porvenir SA; de los demás hechos dijo no constarle y los negó. Para controvertir las pretensiones formuló las excepciones de fondo que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y excepción genérica (pdf. 07, C01).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 28 de febrero de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la señora MIRIAM LUCIA AVILA GUZMÁN a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR SA el 14 DE ABRIL DE 1994.

SEGUNDO: DECLARAR aseguradora de la demandante MIRIAM LUCIA AVILA GUZMÁN para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A. como actual fondo pensional de la actora, DEVOLVER los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada MIRIAM LUCIA AVILA GUZMÁN junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

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

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

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

Con base en el acervo probatorio recaudado como el formulario de vinculación suscrito por la demandante y el trámite administrativo para el retorno al RPM; consideró que, de los mismos no se puede inferir que le hubieran proporcionado la información completa, clara y comprensible que le permitiera tener claridad sobre la trascendencia de la decisión de traslado; y muchos menos con la nota preimpresa contenida en dicho formulario en la que se indicó que la selección de régimen de ahorro individual con solidaridad se efectuó en forma libre y espontánea sin presiones.

Por otro lado, en el interrogatorio de parte el accionante no emite confesión o aceptación que se corrobore que le hayan explicado de manera concreta sobre las circunstancias, características, beneficios, condiciones y las consecuencias que pueda traer el traslado de régimen, que de conformidad con lo preceptuado en el art. 196 del CGP la confesión es indivisible, es decir no se puede tomar como hechos aislados, sino que se ajusta con las aclaraciones, es por ello que no se puede acreditar que se haya dado una asesoría para tener plena certeza sobre su elección; que el retorno alegado no invoca un detrimento económico a Colpensiones y si fuera el caso, la entidad puede acceder a la justicia ordinaria para solicitar el resarcimiento de los eventuales perjuicios que se puedan causar.

De igual modo, señalo que de acuerdo con el Decreto 2701 de 1988 se expidió la reforma del régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades descentralizadas, establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del estado, adscritos o vinculados al Ministerio de Defensa Nacional y que en concordancia con el artículo 40 de la ley 352 de 1997 advirtió que el Hospital Militar Central se organiza como un establecimiento público de orden nacional adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, demostrando que el Hospital Militar Central hizo parte del régimen exceptuado, tal circunstancia da por hecho que todas las personas que estuvieron afiliadas bajo este sistema hacen parte del régimen de prima media.

El Juez 20 Laboral del Circuito de Bogotá DC, mencionó apartarse del precedente jurisprudencial en cuanto a las consecuencias de la ineficacia y órdenes a impartir, para no ordenar la devolución de los gastos de administración con el argumento de que estos se causan a favor de todas las administradoras de fondo de pensiones y por el tiempo que el afiliado estuvo vinculado. De igual manera se apartó de la condena del seguro provisional bajo el supuesto que éstos tienen como finalidad la protección del afiliado frente a las contingencias derivadas de la invalidez y que de haberlo tenido la demandante se habría causado las prestaciones anulares.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones solicitó revocar la sentencia y se le absuelva de recibir dinero y activar la afiliación de la actora, bajo los siguientes argumentos: que como se acreditó la demandante realizó el traslado de forma voluntaria y cumpliendo los requisitos legales exigidos para la época sobre cada traslado; que de acuerdo con el literal e del artículo 13 Ley 797 de 2003, los afiliados al Sistema General de Pensiones no pueden trasladarse faltando menos de 10 años para la edad de pensión; que al pasar 29 años en el RAIS y no haber manifestado alguna inconformidad frente a este se da por ratificado la libre escogencia y se da por saneado cualquier tipo de vicio de nulidad; que con la decisión del *a quo* da lugar a la afectación de la sostenibilidad financiera del sistema y poniendo en peligro el mantenimiento del régimen de prima media.

Por otra parte, solicitó que, en caso de ser confirmada la decisión de primera instancia, se revoque la condena en costas teniendo en cuenta que es un tercero que presume la buena fe; a la vez que se revoque la absolución de Porvenir frente a la devolución de gastos y de las primas de seguros provisionales, en cuanto hay un precedente jurisprudencial que indica que la devolución de estos es una respuesta de la ineficacia del traslado viciado.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado de **Porvenir SA** solicitó revocar la sentencia de primera instancia, dado que, a pesar de que la Corte Suprema de Justicia estableció el deber de información de los fondos privados y su acreditación, empero también indicó que era necesario analizar además lo expuesto por la parte demandante en el interrogatorio y su conducta durante la permanencia en el fondo, quien no ejerció su derecho de retorno, sino que siguió

realizando aportes en su cuenta de ahorro individual; y que para la fecha del traslado no había norma que ordenara el deber del buen consejo o de la doble asesoría como tampoco la obligación de informar por escrito sobre los beneficios puntuales que posee cada régimen pensional.

Finalizó advirtiendo que la devolución de los emolumentos indexados y rendimientos como la de los dineros destinados al pago de la administración y del seguro previsional puede llegar a incurrir en una doble condena a la AFP Porvenir SA, las primeras dos por la actualización de la moneda; y las segundas porque fueron invertidos conforme con la estructura del RAIS.

Colpensiones Solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y como consecuencia, se niegue todas y cada una de las pretensiones de la demanda, reiterando los argumentos expuestos en la sustentación del recurso en primera instancia; indicó a su vez que la demandante tuvo conocimiento de que aun existía una administradora de pensiones del RPM, sin embargo, no se trasladó o solicitó información plena, pues por el contrario se mantuvo en el RAIS.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

Conoce la Sala de los recursos de apelación y de la consulta de la sentencia a favor de Colpensiones de conformidad con lo señalado en los art. 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó el juez de primera instancia al declarar la ineficacia del traslado de la demandante Miriam Lucia Ávila Guzmán al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello. Y si hay lugar a condena en costas a cargo de Colpensiones.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Según el acervo probatorio arrojado, no hay duda de que **(i)** que desde el año de 1990 hasta el año 1994 estuvo afiliada al régimen exceptuado, administrado por el Hospital

Militar Central; **(ii)** la demandante nació el 11 de julio de 1961 y se identifica con la cédula de ciudadanía No. 39.556.424 como se desprende de la fotocopia de cédula de la demandante (pág. 30, pdf. 03, C01); **(iii)** que la señora Miriam Lucia Ávila Guzmán empezó a cotizar en el RPM administrado por Horizonte desde el 15 de abril de 1994; **(iv)** que el 13 de diciembre de 2021 la demandante radicó derecho de petición a la AFP Protección y Colpensiones en el que solicitó la declaratoria de ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual.

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del art. 271 de la misma Ley, de acuerdo con la cual, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado debe estar precedida del cumplimiento de ese mandato. Tal como lo dispone el art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

(...)la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019).

El fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia

Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia)

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que el afiliado expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando las administradoras incumplieron la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los art. 2 y 12 del Decreto 663 de 1993.

Así, cuando el afiliado alega la falta de información o la mala entrega de esta por parte de la AFP, como ocurre en este caso, la administradora tiene sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: *«la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo»* (artículo 1604 CC).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que la afiliada expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando la administradora incumplió la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para

acreditar el consentimiento informado del afiliado. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que el afiliado hubiese suscrito el formulario de vinculación o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no liberan a las AFP de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

Ello por cuanto desde la creación de las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el art. 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

Dentro de sus deberes estaba el de informar, por ejemplo, que existen diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 93, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle al afiliado **con detalle**, las ventajas y desventajas de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria.

Luego resulta necesario insistir en que, la labor del funcionario del fondo privado de pensiones en el momento previo a hacer efectivo el traslado de régimen, debe trascender

al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -art. 10 D.720/94- por el cual se reglamentaron los art. 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien es cierto que Colpensiones adujo al contestar la demanda que en vista de que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente la demandante se le hubiese inducido en error por la falta al deber de información por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento; y reiteró en sus alegatos de conclusión que la demandante, pese no tener ninguna imposibilidad de retornar al RPMPD no lo hizo y, por el contrario, siguió realizando aportes en su cuenta de ahorro individual, la Sala no encuentra acertada tal objeción, dado que la demandante fue claro al manifestar que el asesor o funcionario del fondo que lo abordó en su puesto de trabajo no le informó las características de dichos fondos como tampoco la edad de pensión, la diferencia entre el RPMPD y el RAIS, el tiempo de permanencia para un posterior traslado, los rendimientos financieros y la pensión en caso de fallecimiento.

De acuerdo con ello, lo que denota el interrogatorio de la actora es que no se le suministró la debida y completa información por parte de los asesores de Horizonte hoy Porvenir SA, y de conformidad con la jurisprudencia descrita en párrafos precedentes, tenía como carga probatoria acreditarlo. Sin embargo, ninguna prueba contundente arrojó que dé cuenta de la información realmente suministrada al momento de su afiliación que implicó el traslado de régimen.

Pues como lo viene sosteniendo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la oportunidad de **la información se juzga es al momento del acto jurídico del traslado de régimen pensional**, y no con posterioridad a aquel, aunado a que tampoco se pueden escudar en que la afiliada no haya formulado cuestionamientos al momento de su traslado, o que haya manifestado en su interrogatorio que conocía la existencia de dos regímenes, porque de ello no se puede inferir que su traslado se hizo con la plena convicción de las ventajas y desventajas que ello le traería a futuro precisamente por la debida información suministrada por la AFP.

Por ello, la Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y con ello, que las cosas vuelvan al estado anterior

en el que se encontraban antes de aquella, como que el demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

La declaratoria de ineficacia implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado *«bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

Lo que trae como consecuencia que al declararse la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS, **todos los actos jurídicos que se celebraron tras la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; en virtud de ello, en el grado jurisdiccional de consulta la Sala entra a revisar la orden impartida por el juez, observándose que la misma dista de la línea jurisprudencial trazada en este sentido.

Por ello, se modificará y adicionará el numeral tercero de la sentencia apelada a fin de ordenar que Porvenir SA traslade a Colpensiones no solo los valores existentes en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, sino también, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, **sin que la AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización**. Así mismo que traslade al mismo fondo la historia laboral de la señora Miriam Lucia Ávila Guzmán con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Así lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P.

Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P Gerardo Botero Zuluaga.

Bajo tales supuestos, se insiste en que Porvenir SA, deben devolver todos los conceptos indexados, puesto que se impone precisar que en reciente jurisprudencia SL2048-2023, la Corte agrupó en dos rubros diferentes las sumas a restituir; en primer lugar, las correspondientes a los aportes pensionales con sus rendimientos financieros; y en segundo lugar, los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y las dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, en consonancia con los porcentajes de distribución estipulados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, esta distinción encuentra su asiento en que, por disposición legal, los aportes pensionales deben generar una rentabilidad mínima, con la cual compensar la pérdida del poder adquisitivo, siendo éste el argumento que sustenta la devolución de las cotizaciones con sus rendimientos causados; a diferencia de lo que ocurre con los restantes conceptos –gastos de administración - sumas destinadas al seguro previsional - montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima-, que para el momento en que opere su devolución al RPMPD ya han sido afectados por el fenómeno de la depreciación, por ello la necesidad de ordenar su indexación, a fin de traerlos a valor presente.

Sin embargo, conviene aclarar que la actualización de los aportes solo opera si la AFP respectiva no pone a disposición de Colpensiones los conceptos ordenados en el plazo otorgado.

Por lo que las consecuencias de la ineficacia del traslado solo pueden afectar directamente a quien las ocasionó, en este caso a la AFP en la que estuvo afiliada la actora, tal como se ha reiterado en este proveído, quien debe devolver, de acuerdo al período en que permaneció la señora Miriam Lucia Ávila Guzmán, las sumas que hagan parte de ese régimen y conceptos que correspondan de la cuenta de ahorro individual de la afiliada, amén de que ha sido reiterado el precedente que obliga a las AFP a cumplir la orden de devolución de aportes al RPM con cargo a sus propias utilidades o patrimonio, como en la sentencia SL3464 de 2019 donde se conceptuó:

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

En cuanto a los reparos de Colpensiones frente al equilibrio económico y principio de sostenibilidad, la sala destaca que en cuanto a la sostenibilidad financiera la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado, enfatizando que con la declaratoria de ineficacia no se presentaran agravios o erogaciones no previstas, en la medida en que los saldos obrantes a su favor en la cuenta de ahorro individual, junto con el bono pensional, los rendimientos, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, serán devueltos para menoscabo del detrimento patrimonial del RPM. Lo anterior se puede corroborar en auto AL5492 de 2022, el cual expresó lo siguiente:

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

De lo anterior cabe agregar que para el funcionamiento de dicho régimen es garante el Estado, dado que el legislador realizó previas «coberturas automáticas» que puede respaldar un número de variables escrutadas, tal como lo puso de presente la Corte en sentencia SL2766 de 2021:

En primer lugar, debe recordarse que en lo que relativo al régimen de ahorro individual con solidaridad, si bien conforme a los artículos 68, 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, de manera general y, en principio, todas las pensiones de este modelo se financian con los recursos de las cuentas de ahorro individual y el valor de los bonos pensionales cuando a ello hubiere lugar, lo cierto es que el legislador también previó coberturas automáticas en caso que aquellas variables no logren autofinanciar la acreencia pensional, a fin de respaldar el pago de pensiones mínimas y no trasladar esa carga económica a los afiliados (CSJ SL4108-2020).

En el caso de marras, si bien tanto de la historia laboral (págs. 31 al 33 pdf. 01 C01) como del certificado electrónico de tiempos laborados CETIL (págs. 127 al 137 pdf. 07 C01) se desprende que, previo al traslado de régimen pensional, la demandante se encontraba afiliada al régimen exceptuado administrado por el Hospital Militar Central, lo cierto es que de darse la prosperidad de las pretensiones de la demanda –ineficacia del traslado al régimen pensional-, la afiliación de la actora debe darse a Colpensiones. Lo anterior, se alinea con el principio de congruencia, que actúa como una garantía del derecho fundamental al debido proceso; esto en cuanto a que el juez natural que está conociendo sobre lo discutido, solo tiene permitido emitir un fallo en relación con las peticiones

presentadas, sin tomar decisiones fuera o más allá de estas. Este concepto fue destacado por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en el proceso No. 25000234200020140113901(2458-15) en el que advierte lo siguiente:

El principio de congruencia se erige como una verdadera garantía del derecho fundamental al debido proceso a las partes en el proceso judicial, en el sentido que al juez de la causa solo le resulta permitido emitir pronunciamiento con base en lo pretendido, lo probado y lo excepcionado dentro del mismo, sin que sea dable dictar sentencias por fuera (extra) o por más (ultra) de lo pedido (petita), y en caso de omitir pronunciarse sobre solicitado como pretensión tiene el deber de explicar de forma clara las razones de tal omisión.

En esta misma línea, se desprende que este principio se encuentra contenido en el artículo 281 del Código General del Proceso en el que se dispone:

La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio.

Ahora bien, dado que la historia laboral posee relevancia constitucional al estar estrechamente relacionados con los aportes realizados por la trabajadora, los salarios, el empleador, entre otros datos, tienen como propósito la verificación de estos para el reconocimiento de una prestación pensional futura que supone que el beneficiario cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con las que se va a financiar, de manera que la pensión es el fruto del trabajo de muchos años y su otorgamiento está respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral.

Es por esta inferencia se da lugar a adicionar la orden de primer grado, para precisar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Porvenir SA, deberán hacerse con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 - por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida, y entregando la historia laboral de la afiliada con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, “...*junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen* ...”.

2.6. PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

2.7. COSTAS

En pro de resolver lo apelado por Colpensiones sobre la condena en costas de primera instancia, la sala destacó la proyección de este como tercero de buena fe, en especial, por su función integradora del ordenamiento como la de reguladora de las relaciones entre los particulares, entre estos y el Estado. Lo anterior al cumplimiento del principio de la buena fe, el cual se exige tanto a los particulares como a las autoridades públicas en el que deben ajustar su comportamiento a conductas correctas.

Del examen anterior se advierte que, si bien Colpensiones es llamado al proceso para que reciba los dineros resultantes de la nulidad del traslado, no es el responsable de los actos generadores de la presente acción y por ello, es criterio reiterado de esta Sala que las mismas se deben imponer únicamente en contra del fondo administrador de pensiones y cesantías privado. Por tanto, se revoca parcialmente el numeral cuarto de la sentencia, respecto a la condena en costas a dicha administradora.

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

Sin costas en segunda instancia, por haberle prosperado parcialmente el recurso a Colpensiones.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

PRIMERO: Modificar y adicionar el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá DC, del 28 de febrero de 2023 dentro del proceso promovido por Miriam Lucia Ávila Guzmán contra las AFP Provenir SA y Colpensiones, en el sentido de ordenar a la AFP Porvenir SA que traslade a Colpensiones, los aportes de la cuenta de la demandante junto con sus rendimientos, los gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional, y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados; así mismo que traslade la historia laboral de la señora Miriam Lucia Ávila Guzmán con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, según las consideraciones de esta sentencia, a Colpensiones para lo de su correspondiente trámite.

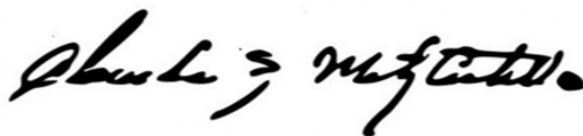
SEGUNDO: Revocar parcialmente el numeral quinto de la sentencia, para en su lugar absolver a Colpensiones de la condena en costas en primera instancia, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de la presente decisión

CUARTO: Confirmar la sentencia en lo demás.

QUINTO: Sin lugar a condenar en costas a Colpensiones por haberle prosperado parcialmente el recurso.

Notifíquese lo resuelto por edicto, publíquese y cúmplase,

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado

Enlace virtual: https://etbcsi-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EsBeiQ4aNeJNrQYds6IP9IUBYq2BYyRoC-mhXOJLEBQCJw?e=dhy9AF



DEMANDANTE:	Bertha Inés Cortés Rivera
DEMANDADA:	Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías - Protección SA y Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia de traslado
DECISIÓN:	Adicionar y confirma
RADICADO Y LINK:	11001310502620200042101 11001310502620200042101

En Bogotá DC, a los veintidós (22) días de marzo de dos mil veintitrés (2024), la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 6 de marzo de 2023, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá DC.

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

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende la demandante que se declare la ineficacia del traslado, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida en adelante RPMPD al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en adelante RAIS; en consecuencia, se ordene a dicha entidad devolver a Colpensiones la totalidad de aportes realizados, rendimientos financieros, cuotas de administración, bono pensional a que haya lugar y la

actualización de su historia laboral; costas y agencias en derecho (pág. 7, pdf. 01, C01).

1.2. HECHOS

Como hechos relevantes se destaca que la señora Bertha Inés Cortés Rivera nació el 7 de noviembre de 1963, con la edad de 56 años para el momento de radicación de la demanda; que estuvo afiliada desde que inició su vida laboral al Instituto de los Seguros Sociales – ISS hoy Colpensiones; que el 28 de octubre de 1994 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual administrado por la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA *«antes denominada DAVIVIR, vinculación que se hizo efectivo el 1ª de noviembre de 1994»*; que para la data del traslado de régimen el ISS hoy Colpensiones no le brindó una asesoría adecuada; que a sus 46 años Colpensiones no se contactó con ella para informarle sobre su futuro pensional; que en ningún momento el asesor comercial de la AFP le brindó una información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de ambos regímenes; no le hicieron un estudio de su situación particular.

Por otro lado, relató que en los últimos 10 años de su vida laboral cotizó un promedio de 3 a 4 salarios mínimos mensuales vigentes; que en la proyección de la pensión que le hizo la AFP Protección SA, le informaron que su pensión sería de un salario mínimo; que a través de derecho de petición le solicito a dicha entidad *«que permitiera el retiro y remitir los recursos correspondientes a COLPENSIONES»*; que el 20 de noviembre de 2019 la AFP contesto de forma negativa a la solicitud anteriormente mencionada.

Señaló que de igual manera presento solicitud para de reintegro al Régimen de Prima Media ante Colpensiones, resuelto de forma negativa.

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Colpensiones aceptó los siguientes hechos: la fecha de nacimiento como la cédula de ciudadanía de la demandante, en lo referente a que estuvo vinculada al RPM administrado en esa data por ISS hoy Colpensiones, que se trasladó al RAIS el 28

de octubre de 1994 y en lo correspondiente al agotamiento de la reclamación administrativa; respecto de los demás hechos señaló que no le constan por radicar en cabeza de terceros y los negó. Para derruir las pretensiones propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos (pdf 14, C01).

Protección SA, al contestar aceptó los hechos relativos a la fecha de nacimiento, edad e identificación de la demandante, la fecha del traslado al RAIS administrado por Davivir hoy Protección SA, la información suministrada por el asesor de en ese entonces Davivir en cuanto a que Colpensiones no respondía si el afiliado fallecía y había herederos mayores de 25 años como que podría pensionarse en cualquier momento, siempre que hubiere ahorrado el 110% y en lo pertinente con el agotamiento de la reclamación administrativa en dicho fondo; de los demás hechos dijo no constarle y los negó.

Para controvertir las pretensiones formuló las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, falta del juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, innominada o genérica y reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, 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 (pdf. 17, C01).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 6 de marzo de 2023, dispuso:

PRIMERO. DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante BERTHA INÉS CORTÉS RIVERA al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR al fondo de pensiones PROTECCIÓN a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos financieros causados, el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado

y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por la demandante, conforme lo expuesto anteriormente.

CUARTO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

QUINTO. CONDENAR en costas de esta instancia a la parte demandada PROTECCIÓN, fijándose como agencias en Derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1'000.000).

Con base en el acervo probatorio recaudado como el formulario de vinculación suscrito por el demandante y los consolidados de aportes de los movimientos de la cuenta de ahorro individual consideró que, de los mismos no se puede inferir que le hubieran proporcionado la información completa, clara y comprensible que le permitiera tener claridad sobre la trascendencia de la decisión de traslado; y muchos menos con la nota preimpresa contenida en dicho formulario en la que se indicó que la selección de régimen de ahorro individual con solidaridad se efectuó en forma libre y espontánea sin presiones.

Por otro lado, enfatizó sobre la línea jurisprudencial que se ha ido siguiendo entorno a la declaratoria de ineficacia tal como corresponde a lo pronunciado por Corte Suprema de Justicia en sentencias como la SL 12136 del 3 de septiembre de 2014 y que el caso fue estudiado de acuerdo con la normativa vigente como es el caso de los artículos 1741, 1743 y 1750 del Código Civil y el artículo 13 y literal B del artículo 2271 de la ley 100 de 1993. (audio archivo 20, C01).

Las demandadas manifestaron que no se oponen a la decisión del primer grado, y la juez a quo remitió el proceso en consulta en favor de Colpensiones.

1.5. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

La **parte actora** solicitó la confirmación de la decisión de primer grado, por cuanto se ajustó a la línea jurisprudencial aplicada; reiteró que la afiliación de la actora a la AFP no se dio informadamente.

II.CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

Conoce la Sala de la consulta de la sentencia a favor de Colpensiones de conformidad con lo señalado en el art. 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó el juez al declarar la ineficacia del traslado del demandante Bertha Inés Cortés Rivera al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Según el acervo probatorio arrojado, no hay duda de que **(i)** la demandante nació el 7 de noviembre de 1963 como se desprende de la fotocopia de cédula del demandante (pág. 1 pdf. GEN-DDI-CI 15ExpedienteAdministrativo); **(ii)** que la señora Bertha Inés Cortes Rivera empezó a cotizar en el RAIS administrado por Davivir desde el 28 de octubre de 1994; **(iii)** que el 12 de noviembre de 2019 la demandante radicó derecho de petición a la AFP Protección y a Colpensiones, en el que solicitó el reintegro al régimen de ahorro individual con prestación definida; **(iv)** que el 14 de noviembre de 2019 Colpensiones a través del comunicado No. BZ2019_15299601 respondió de forma negativa al derecho de petición del 12 de noviembre de 2019; **(v)** que el 20 de noviembre de 2019 bajo el radicado No. CAS-5222057-D6Z3J0 Protección respondió de forma negativa al derecho de petición del 12 de noviembre de 2019.

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del art. 271 de la misma Ley, de acuerdo con la cual, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado debe estar precedida del cumplimiento de ese mandato. Tal como lo dispone el art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

(...)la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019).

El fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia)

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que la afiliada expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando las administradoras incumplieron la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los art. 2 y 12 del Decreto 663 de 1993.

Así, cuando el afiliado alega la falta de información o la mala entrega de esta por parte de la AFP, como ocurre en este caso, la administradora tiene sobre sí la carga

de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: *«la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo»* (artículo 1604 CC).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que la afiliada expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando la administradora incumplió la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular de la afiliada, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado del afiliado. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que la afiliada hubiese suscrito el formulario de vinculación o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que *«la afiliación se hace libre y voluntaria»*, *«se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones»* u

otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no liberan a las AFP de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

Ello por cuanto desde la creación de las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el art. 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

Dentro de sus deberes estaba el de informar, por ejemplo, que existen diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 93, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle al afiliado **con detalle**, las ventajas y desventajas de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria.

Luego resulta necesario insistir en que, la labor del funcionario del fondo privado de pensiones en el momento previo a hacer efectivo el traslado de régimen, debe trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -art. 10 D.720/94- por el cual se reglamentaron los art. 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien es cierto que Colpensiones adujo al contestar la demanda que en vista de que dentro del expediente «*no obra prueba alguna de que efectivamente el demandante se le hubiese hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo)*» (pdf. 10); y reiteró en sus alegatos de conclusión que el demandante, pese no tener ninguna imposibilidad de retornar al RPMPD no lo hizo y, por el contrario, siguió realizando aportes en su cuenta de ahorro individual, la Sala no encuentra acertada tal objeción, dado que el demandante fue claro al manifestar que la asesora del fondo que la abordó en su puesto de trabajo no le informó las características de dichos fondos como tampoco la edad de pensión, la diferencia entre el RPMPD y el RAIS, el tiempo de permanencia para un posterior traslado, los rendimientos financieros y la pensión en caso de fallecimiento.

De acuerdo con ello, lo que denota el interrogatorio del actor es que no se le suministró la debida y completa información por parte de los asesores de Davivir hoy Protección SA, siendo cierto que, de acuerdo con la jurisprudencia descrita en párrafos precedentes, tenía como carga probatoria acreditarlo. Sin embargo, ninguna prueba contundente arrojó que dé cuenta de la información realmente suministrada al momento de su afiliación que implicó el traslado de régimen.

Pues como lo viene sosteniendo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la oportunidad de **la información se juzga es al momento del acto jurídico del traslado de régimen pensional**, y no con posterioridad a aquel, aunado a que tampoco se pueden escudar en que la afiliada no haya formulado cuestionamientos al momento de su traslado, o que haya manifestado en su interrogatorio que conocía la existencia de dos regímenes, porque de ello no se puede inferir que su traslado se hizo con la plena convicción de las ventajas y desventajas que ello le traería a futuro precisamente por la debida información suministrada por la AFP.

Por ello, la Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y con ello, que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que el demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

La declaratoria de ineficacia implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado *«bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

Lo que trae como consecuencia que, al declararse la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS, **todos los actos jurídicos que se celebraron tras la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; en virtud de ello, en el grado jurisdiccional de consulta la Sala entra a revisar la orden impartida por el juez, observándose que la misma es acorde con la línea jurisprudencial trazada en este sentido. Por ello, se confirma la sentencia consultada a fin de ordenar que Protección SA trasladen a Colpensiones no solo los valores existentes en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, sino también, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, **sin que la AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización.**

Así lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P Gerardo Botero Zuluaga.

Bajo tales supuestos, se insiste en que Protección SA, deben devolver todos los conceptos indexados, puesto que se impone precisar que en reciente jurisprudencia SL2048-2023, la Corte agrupó en dos rubros diferentes las sumas a restituir; en primer lugar, las correspondientes a los aportes pensionales con sus rendimientos

financieros; y en segundo lugar, los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y las dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, en consonancia con los porcentajes de distribución estipulados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, esta distinción encuentra su asiento en que, por disposición legal, los aportes pensionales deben generar una rentabilidad mínima, con la cual compensar la pérdida del poder adquisitivo, siendo éste el argumento que sustenta la devolución de las cotizaciones con sus rendimientos causados; a diferencia de lo que ocurre con los restantes conceptos –gastos de administración - sumas destinadas al seguro previsional - montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima-, que para el momento en que opere su devolución al RPMPD ya han sido afectados por el fenómeno de la depreciación, por ello la necesidad de ordenar su indexación, a fin de traerlos a valor presente.

Sin embargo, conviene aclarar que la actualización de los aportes solo opera si la AFP respectiva no pone a disposición de Colpensiones los conceptos ordenados en el plazo otorgado.

Por lo que las consecuencias de la ineficacia del traslado solo pueden afectar directamente a quien las ocasionó, en este caso la AFP a la que estuvo afiliado la actora, tal como se ha reiterado en este proveído, quienes deben devolver, de acuerdo al período en que permaneció en cada una de ellas, las sumas que hagan parte de ese régimen y conceptos que correspondan de la cuenta de ahorro individual del afiliado, amén de que ha sido reiterado el precedente que obliga a las AFP a cumplir la orden de devolución de aportes al RPM con cargo a sus propias utilidades o patrimonio, como en la sentencia SL3464 de 2019 donde se conceptuó:

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

Dado que, la historia laboral posee una relevancia constitucional al estar estrechamente relacionados con los aportes realizados por la trabajador, los salarios, el empleador, entre otros datos, tienen como propósito la verificación de estos para el reconocimiento de una prestación pensional futura que supone que el

beneficiario cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con las que se va a financiar, de manera que la pensión es el fruto del trabajo de muchos años y su otorgamiento está respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral.

Es por esta inferencia se da lugar a adicionar la orden de primer grado, para precisar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Porvenir SA, deberán hacerse con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida, y entregando la historia laboral de la afiliada con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, *“...junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen ...”*.

2.6. PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

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

Sin lugar a condena en costas en segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

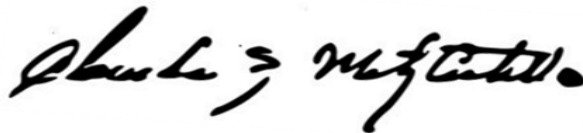
PRIMERO: Adicionar al numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá DC, del 6 de marzo de 2023 dentro del proceso promovido por Bertha Inés Cortes Rivera contra las AFP Protección SA y Colpensiones, en el sentido de ordenar a Protección SA que la orden de traslado la cumpla en el término de –30 días-, junto con la información discriminada y detallada de la historia laboral de la señora Bertha Inés Cortés, con cada período cotizado, especificando cada valor, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, según las consideraciones de esta sentencia, a Colpensiones para lo de su correspondiente trámite.

SEGUNDO: Confirmar la sentencia en lo demás.

TERCERO: Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

Notifíquese lo resuelto por edicto, publíquese y cúmplase,

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



DEMANDANTE:	Wiston Enrique Ruiz Turizo
DEMANDADA:	Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías - Protección SA, Colfondos SA Pensiones y Cesantías y Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia de traslado
DECISIÓN:	Modificar y adicionar
RADICADO Y LINK:	11001-31-05-035-2022-00067-01 11001310503520220006701

En Bogotá DC, a los cuatro (4) días de marzo de dos mil veintitrés (2024), la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y Colpensiones como surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la sentencia proferida el 6 de febrero de 2023, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá DC.

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

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende el demandante que se declare la ineficacia del traslado, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida en adelante RPMPD al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en adelante RAIS; en consecuencia, se ordene a dicha

entidad devolver a Colpensiones la totalidad de aportes realizados, rendimientos financieros, cuotas de administración, bono pensional a que haya lugar y la actualización de su historia laboral; costas y agencias en derecho (pág. 2, pdf. 01, C01).

1.2. HECHOS

Como hechos relevantes se destaca que el señor Wiston Enrique Ruíz Turizo nació el 7 de septiembre de 1962; que se afilió al RPMPD, administrado por el ISS hoy Colpensiones el 9 de junio de 1987 esto de acuerdo con lo mencionado por el demandante y el reporte que emite Colfondos sobre los aportes realizados; que el 2 de junio de 1994 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Colmena SA hoy Protección SA; que a partir del 1° de noviembre de 1999 sus aportes a pensión fueron recibidos por la AFP Colfondos. Lo anterior según lo obrante en las pruebas y hechos de la demanda.

Como fundamento a sus pretensiones, expuso que *«empezó a laborar desde el año 1987 con “Helmerich And Payne Colombia Drilling Co” y a realizar aportes al sistema de seguridad social en pensiones desde el 09 de junio del mismo año (sic)»*. De lo anterior resaltó que *«ha venido realizando aportes al sistema de seguridad social en pensiones de manera ininterrumpida y el capital ahorrado estimado a la fecha asciende a la suma de \$429'353.756 acumulando un total de 1'355.57 semanas conforme el rerte de Historia Laboral del 30 de septiembre de 2021 expedida por la AFP Colfondos SA»*.

Declaró que el 2 de junio de 1994 el señor Wiston Enrique Ruíz Turizo se trasladó del RPM administrado para ese entonces por el ISS al RAI administrado por Cesantías y Pensiones Colmena hoy Protección SA a través del formulario de vinculación No. 1010026933; que para el mes de junio de 1994 un promotor de Colmena indujo al demandante a trasladarse a la AFP a la que representaba; en el mismo mes se trasladó al área de asesoría comercial de Colmena hoy Protección informándole lo siguiente:

- a. Que el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad permitía que se pensionará de manera anticipada a cualquier edad bajo una modalidad en la cual accedería a una mesada pensional superior en su cuantía a la pensión que hubiera recibido por parte del extinto Instituto de Seguros Sociales ISS.
- b. Que el ISS., se iba a acabar y los aportes realizados a esta entidad se perderían si no se trasladaba al Régimen de Ahorro Individual a tiempo.

- c. Que la única posibilidad de recuperar el dinero aportado en el ISS., era afiliándose al RAIS y convirtiendo esos aportes en un Bono Pensional.
- d. Que el trámite del Bono se efectuaría dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de traslado al RAIS., para obtener la redención y pago del bono pensional el cual comenzaría a generarle réditos.

Mencionó que en ningún momento los asesores comerciales de las AFPs le brindaron una información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de ambos regímenes; no le hicieron un estudio de su situación particular; resaltó que en este caso quien tiene la carga de la prueba para demostrar que cumplió con el deber de ofrecer la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional es esta última AFP en mención.

Por otro lado, relató que el 8 de octubre de 2021 le informan al demandante el valor proyectado de su mesada pensional, el cual sería por un valor aproximado de \$2'461.105 pesos al cumplimiento de los 62 años en el entendido de que de seguir cotizando por 12 meses más *«hasta el cumplimiento de dicha edad con un ingreso base de cotización igual o superior a \$12'793.728»*; para la misma fecha la AFP Colfondos SA le informó la liquidación de la mesada pensional producto de una simulación pensional que tendría en dicho fondo, incurriendo ambas AFPs en la falta del deber de información al no advertir al señor Wiston Enrique Ruiz el valor de su Pensión de Vejez en el RAIS.

Ahora bien, respecto de la reclamación administrativa expuso que el 22 de octubre de 2021 se solicitó a Protección SA la declaratoria de ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual; el 3 de noviembre de 2021 solicitó «bajo radicado No. 2021_13107878 a Colpensiones la Declaratoria de Ineficacia del Traslado».

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Colpensiones aceptó los siguientes hechos: la fecha de trasladó al régimen de prima media y el agotamiento de la reclamación administrativa; respecto de los demás hechos señaló que no le constan por radicar en cabeza de terceros. Para derruir las pretensiones propuso las excepciones de mérito que denominó errónea

e indebida aplicación del art. 1604 del CC, ratificación de la voluntad de permanencia en el rais por existir actos de relacionamiento, 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 y no procedencia al pago de costas en instituciones administrativas de seguridad social del orden público (pdf 10, C01).

Protección SA, al contestar aceptó los hechos relativos a la fecha del traslado al RAIS administrado por Colmena hoy Protección, la forma en que el demandante se trasladó de régimen, la petición que radicó en dicho fondo y el deber información que tienen con sus afiliados; de los demás hechos dijo no constarle y los negó.

Para controvertir las pretensiones formuló las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento y traslado de aportes (pdf. 17, C01).

Colfondos SA al contestar manifestó negó los hechos relacionados con una indebida información; y de las demás situaciones fácticas dijo no constarle. Como defensa propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos SA, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago (pdf. 09, C01).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 6 de febrero de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por WISTON ENRIQUE RUIZ TURIZO, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP COLMENA (HOY PROTECCIÓN), y como consecuencia de ello, se ordena a la AFP COLFONDOS a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN Y COLFONDOS a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión del demandante por los gastos de administración, conforme al tiempo que este permaneció afiliado en el fondo privado, tal como se advirtió en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a volver a afiliar a WISTON ENRIQUE RUIZ TURIZO al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a la administradora de pensiones y cesantías COLFONDOS S.A.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada AFP PROTECCIÓN S.A., por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$1.000.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas, sin costas a cargo de COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.

Con base en el acervo probatorio recaudado como el formulario de vinculación suscrito por el demandante y los consolidados de aportes de los movimientos de la cuenta de ahorro individual consideró que, de los mismos no se puede inferir que le hubieran proporcionado la información completa, clara y comprensible que le permitiera tener claridad sobre la trascendencia de la decisión de traslado; y muchos menos con la nota preimpresa contenida en dicho formulario en la que se indicó que la selección de régimen de ahorro individual con solidaridad se efectuó en forma libre y espontánea sin presiones.

Por otro lado, enfatizó sobre la línea jurisprudencial que se ha ido siguiendo entorno a la declaratoria de ineficacia corresponde a lo pronunciado por Corte Suprema de Justicia en sentencias como la SL 4698 de 2020, SL2484, SL3188, SL1055, SL3156 de 2022 y SL440 de 2021.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** solicitó la revocatoria del numeral 4° de la sentencia de primera instancia en tanto, no condenó en costas a Colpensiones y a Colfondos, argumentando que de acuerdo con lo señalado en los artículos 361 al 366 del CGP, las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable comprendiendo además de las expensas (agencias en derecho) de la contra parte por ser vencida dentro del proceso.

Colpensiones solicitó revocar la sentencia y se le absuelva de recibir dinero y activar la afiliación del actor, ya que en este caso se acreditó que el demandante lo hizo voluntariamente y cumpliendo los requisitos legales exigidos para la época sobre cada traslado. Esgrimiendo que se debe dar aplicación al artículo 271 de la ley 100 de 1993, en atención al principio de inescindibilidad; que como se pudo corroborar el demandante *«manifestó su necesidad y conformidad de permanecer en el régimen de ahorro individual»*. Que se está afectando la sostenibilidad financiera del sistema y poniendo en peligro el mantenimiento del régimen de prima media, por tratarse de dineros de la nación que subsidian las pensiones presentes como las pensiones futuras, poniendo en riesgo el interés general.

Por otra parte, solicitó que, en caso de ser confirmada la decisión de primera instancia, se ordene *«a los fondos no realizar deducciones por seguros previsionales, tales como invalidez y sobrevivencia, toda vez que contribuiría adicionalmente con la descapitalización del sistema pensional de régimen de prima media»*; *«Autorizar a Colpensiones para obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional del demandante como los montos no previstos y sin las reservas para tal fin»*. Lo anterior con motivo a que es un tercero que presume la buena fe.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

La parte actora solicitó la confirmación de la decisión de primer grado, por cuanto se ajustó a la línea jurisprudencial que se ha venido aplicando desde los últimos años, tal como se puede ver en las sentencias SL 31989 de 2008, SL12136 de 2014, SL4609 de 2021, SL1688 DE 2019, SL1452 de 2019, entre otras; resaltando la importancia del deber de información que tiene las AFPs con sus afiliados el cual debe ser suficiente, completa, clara y transparente,

Colpensiones Solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y como consecuencia, se niegue todas y cada una de las pretensiones de la demanda, reiterando los argumentos expuestos en la sustentación del recurso en primera instancia; indicó a su vez que la demandante tuvo conocimiento de que aun existía

una administradora de pensiones del RPM, sin embargo, no se trasladó o solicitó información plena, pues por el contrario se mantuvo en el RAIS.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

Conoce la Sala de los recursos de apelación y de la consulta de la sentencia a favor de Colpensiones de conformidad con lo señalado en los art. 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó el juez al declarar la ineficacia del traslado del demandante Wiston Enrique Ruiz Turizo al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello. Y si hay lugar a condena en costas a cargo de Colpensiones.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Según el acervo probatorio arrimado, no hay duda de que **(i)** el demandante nació el 7 de septiembre de 1962 como se desprende de la fotocopia de cédula del demandante (pág. 47, pdf. 03, C01); **(ii)** que el señor Wiston Enrique Ruiz Turizo empezó a cotizar en el RPM administrado por Colmena desde el 2 de junio de 1994; **(iii)** que desde el 1° de noviembre de 1999 empezó a cotizar en la AFP Colfondos SA; **(iv)** que el 22 de octubre de 2021 el demandante radicó derecho de petición a la AFP Protección, en el que solicitó la declaratoria de ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual; **(v)** que el 3 de noviembre de 2021 le solicitó a Colpensiones declarar la ineficacia del traslado de régimen y simultáneamente que se le active la afiliación de la demandante al RPM, esto bajo el radicado No. 2021_13107878.

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del art. 271 de la misma Ley, de acuerdo con la cual, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado debe estar precedida del cumplimiento de ese mandato. Tal como lo dispone el art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

(...)la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019).

El fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia)

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que el afiliado

expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando las administradoras incumplieron la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los art. 2 y 12 del Decreto 663 de 1993.

Así, cuando el afiliado alega la falta de información o la mala entrega de esta por parte de la AFP, como ocurre en este caso, la administradora tiene sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: *«la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo»* (artículo 1604 CC).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que la afiliada expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando la administradora incumplió la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado del afiliado. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de

quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que el afiliado hubiese suscrito el formulario de vinculación o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no liberan a las AFP de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

Ello por cuanto desde la creación de las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el art. 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

En sus deberes estaba el de informar, por ejemplo, que existen diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 93, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle al afiliado **con detalle**, las ventajas y desventajas de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria.

Luego resulta necesario insistir en que, la labor del funcionario del fondo privado de pensiones en el momento previo a hacer efectivo el traslado de régimen, debe

trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -art. 10 D.720/94- por el cual se reglamentaron los art. 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien es cierto que Colpensiones adujo al contestar la demanda que en vista de que dentro del expediente «*no obra prueba alguna de que efectivamente el demandante se le hubiese hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo)*» (pdf. 10); y reiteró en sus alegatos de conclusión que el demandante, pese no tener ninguna imposibilidad de retornar al RPMPD no lo hizo y, por el contrario, siguió realizando aportes en su cuenta de ahorro individual, la Sala no encuentra acertada tal objeción, dado que el demandante fue claro al manifestar que la asesora del fondo que lo abordó en su puesto de trabajo no le informó las características de dichos fondos como tampoco la edad de pensión, la diferencia entre el RPMPD y el RAIS, el tiempo de permanencia para un posterior traslado, los rendimientos financieros y la pensión en caso de fallecimiento.

De acuerdo con ello, lo que denota el interrogatorio del actor es que no se le suministró la debida y completa información por parte de los asesores de Colmena hoy Protección SA y Colfondos SA, siendo cierto que, de acuerdo con la jurisprudencia descrita en párrafos precedentes, tenía como carga probatoria acreditarlo. Sin embargo, ninguna prueba contundente arrojó que dé cuenta de la información realmente suministrada al momento de su afiliación que implicó el traslado de régimen.

Pues como lo viene sosteniendo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la oportunidad de **la información se juzga es al momento del acto jurídico del traslado de régimen pensional**, y no con posterioridad a aquel, aunado a que tampoco se pueden escudar en que el afiliado no haya formulado cuestionamientos al momento de su traslado, o que haya manifestado en su interrogatorio que conocía la existencia de dos regímenes, porque de ello no se puede inferir que su traslado se hizo con la plena convicción de las ventajas y desventajas que ello le traería a futuro precisamente por la debida información suministrada por la AFP.

Por ello, la Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y con ello, que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que el demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

La declaratoria de ineficacia implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado *«bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

Lo que trae como consecuencia que al declararse la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS, **todos los actos jurídicos que se celebraron tras la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; en virtud de ello, en el grado jurisdiccional de consulta la Sala entra a revisar la orden impartida por el juez, observándose que la misma dista de la línea jurisprudencial trazada en este sentido. Por ello, se modificará el numeral primero de la sentencia apelada a fin de ordenar que Protección SA y Colfondos SA trasladen a Colpensiones no solo los valores existentes en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, sino también, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, **sin que la AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización.**

Así lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296

del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P Gerardo Botero Zuluaga.

Bajo tales supuestos, se insiste en que tanto Colfondos como Protección SA, deben devolver todos los conceptos indexados, puesto que se impone precisar que en reciente jurisprudencia SL2048-2023, la Corte agrupó en dos rubros diferentes las sumas a restituir; en primer lugar, las correspondientes a los aportes pensionales con sus rendimientos financieros; y en segundo lugar, los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y las dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, en consonancia con los porcentajes de distribución estipulados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, esta distinción encuentra su asiento en que, por disposición legal, los aportes pensionales deben generar una rentabilidad mínima, con la cual compensar la pérdida del poder adquisitivo, siendo éste el argumento que sustenta la devolución de las cotizaciones con sus rendimientos causados; a diferencia de lo que ocurre con los restantes conceptos –gastos de administración - sumas destinadas al seguro previsional - montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima-, que para el momento en que opere su devolución al RPMPD ya han sido afectados por el fenómeno de la depreciación, por ello la necesidad de ordenar su indexación, a fin de traerlos a valor presente.

Sin embargo, conviene aclarar que la actualización de los aportes solo opera si la AFP respectiva no pone a disposición de Colpensiones los conceptos ordenados en el plazo otorgado.

Por lo que las consecuencias de la ineficacia del traslado solo pueden afectar directamente a quien las ocasionó, en este caso ambas AFP a las que estuvo afiliado el actor, tal como se ha reiterado en este proveído, quienes deben devolver, de acuerdo al período en que permaneció en cada una de ellas, las sumas que hagan parte de ese régimen y conceptos que correspondan de la cuenta de ahorro individual del afiliado, amén de que ha sido reiterado el precedente que obliga a las AFP a cumplir la orden de devolución de aportes al RPM con cargo a sus propias utilidades o patrimonio, como en la sentencia SL3464 de 2019 donde se conceptuó:

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

En cuanto a los reparos de Colpensiones frente al equilibrio económico y principio de sostenibilidad, la sala destaca que en cuanto a la sostenibilidad financiera la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado, enfatizando que con la declaratoria de ineficacia no se presentaran agravios o erogaciones no previstas, en la medida en que los saldos obrantes a su favor en la cuenta de ahorro individual, junto con el bono pensional, los rendimientos, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, serán devueltos para menoscabo del detrimento patrimonial del RPM. Lo anterior se puede corroborar en auto AL5492 de 2022, el cual expresó lo siguiente:

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

De lo anterior cabe agregar que para el funcionamiento de dicho régimen es garante el Estado, dado que el legislador realizó previas «coberturas automáticas» que puede respaldar un número de variables escrutadas, tal como lo puso de presente la Corte en sentencia SL2766 de 2021:

En primer lugar, debe recordarse que en lo que relativo al régimen de ahorro individual con solidaridad, si bien conforme a los artículos 68, 70 y 77 de la Ley 100

de 1993, de manera general y, en principio, todas las pensiones de este modelo se financian con los recursos de las cuentas de ahorro individual y el valor de los bonos pensionales cuando a ello hubiere lugar, lo cierto es que el legislador también previó coberturas automáticas en caso que aquellas variables no logren autofinanciar la acreencia pensional, a fin de respaldar el pago de pensiones mínimas y no trasladar esa carga económica a los afiliados (CSJ SL4108-2020).

Dado que, la historia laboral posee una relevancia constitucional al estar estrechamente relacionados con los aportes realizados por el trabajador, los salarios, el empleador, entre otros datos, tienen como propósito la verificación de estos para el reconocimiento de una prestación pensional futura que supone que el beneficiario cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con las que se va a financiar, de manera que la pensión es el fruto del trabajo de muchos años y su otorgamiento está respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral.

Es por esta inferencia se da lugar a adicionar la orden de primer grado, para precisar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Porvenir SA, deberán hacerse con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida, y entregando la historia laboral de la afiliada con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, “...*junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen ...*”.

2.6. PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a

diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

2.7. COSTAS

Ahora bien en pro de resolver el recurso de apelación de la demandante en cuanto a la condena en costas a Colfondos y Colpensiones debe tener en cuenta el numeral 1° del artículo 365 del CGP, aplicable por remisión normativa del 145 del Estatuto Procesal Laboral, el cual dispone que en los procesos que sean controvertidos o se produzca conflicto de intereses, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se resuelva desfavorablemente recursos ordinarios o extraordinarios, entre otros aspectos.

En sentencia C-089 del 2002 la Corte Constitucional define las costas procesales como «aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial», sido constituidas por dos rubros: las expensas, como aquellos gastos producidos con ocasión y en pro del desarrollo del proceso; y las agencias en derecho como la compensación de los gastos que se hayan producido por ocasión de los honorarios de peritos, impuestos de timbre, fotocopias y entre otros.

En cuanto a Colpensiones, la sala ha destacado la proyección de este como tercero de buena fe y, especialmente, su función integradora del ordenamiento y reguladora de las relaciones entre los particulares, y entre estos y el Estado. Lo anterior al cumplimiento del principio de la buena fe, el cual se exige tanto a los particulares como a las autoridades públicas ajustar su comportamiento a conductas correctas.

Por lo explicado y lo argumentado por apoderada de la parte actora, es evidente que en su condición de parte vencida Colfondos SA debe ser gravada en costas procesales. Por tanto, se revoca el numeral cuarto de la sentencia, respecto a la absolución de condena en costas a dicho fondo.

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

Las costas de primer grado estarán a cargo de Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA y Colfondos SA Pensiones y Cesantías. Sin costas en segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

PRIMERO: Modificar y adicionar el numeral primero de la sentencia por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 6 de febrero de 2023 dentro del proceso promovido por Wiston Enrique Ruíz Turizo contra las AFPs Protección SA, Colfondos SA y Colpensiones, en el sentido de ordenar a Colfondos SA que traslado a Colpensiones, los aportes de la cuenta del demandante junto con sus rendimientos, y los gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional, y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados; así mismo que traslade la historia laboral del señor Wiston Enrique Ruíz Turizo con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, según las consideraciones de esta sentencia, a Colpensiones para lo de su correspondiente trámite.

SEGUNDO: Revocar el numeral cuarto de la sentencia, en cuanto a la absolución en costas de la AFP Colfondos y en su lugar **adicionar** la condena en costas de primera instancia a la demandada en mención a favor de la demandante. Líquidense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada uno de los fondos Protección SA y Colfondos SA. Sin lugar a condena en costas a Colpensiones.

QUINTO: Confirmar la sentencia en lo demás.

CURTO: Se impondrá condena en costas para Colpensiones. Se fijan como agencias en derecho a cargo de Colpensiones y en favor del demandante en la suma de \$1.300.000.000. Sin lugar a condena en costas a la parte demandante por haberle prosperado parcialmente el recurso.

Notifíquese lo resuelto por edicto, publíquese y cúmplase,

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado

Enlace virtual: https://etbcsi-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Eh2PoJwupSVIkhI0pAqcTF0BG99dBjJHURF8bJ-FQT17XA?e=WRmWMx



DEMANDANTE:	Sandra Cifuentes Ortiz
DEMANDADA:	Administradora de Pensiones y Cesantías Protección SA y Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Confirmar
RADICADO Y LINK:	11001-31-05-040-2021-00232-01 11001310504020210023201

En Bogotá DC, a los veintidós (22) días de marzo de dos mil veinticuatro (2024), la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa **como** ponente, se reunió para resolver el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario adelantado por la señora **Sandra Cifuentes Ortiz** contra la Administradora de Pensiones y Cesantías Protección SA y Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

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

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende la demandante la declaratoria de nulidad o ineficacia de su vinculación y traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por la AFP Protección SA acaecido en el mes de octubre de 1999; para que en su lugar se declare que, ha permanecido afiliada sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPM- hoy administrado

por Colpensiones. En consecuencia, que se ordene a Protección SA, trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos, eventuales bonos pensionales, sus intereses y la correspondiente indexación; además de compeler a las demandadas a pagar las costas y agencias en derecho causadas en el proceso (pág. 3 – 5 pdf. 01 C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones desde el mes de noviembre de 1989, hasta el mes de septiembre de 1999; en octubre de 1999 se trasladó al RAIS a través de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA; pero que dicha decisión no fue informada, autónoma y consciente, por cuanto no le brindaron una asesoría completa, integral y veraz, donde se le explicaran los beneficios y desventajas del modelo pensional ofrecido por Protección SA.

Así mismo indicó que el 21 de julio de 2021 agotó la reclamación administrativa de solicitud de nulidad de su afiliación y su posterior retorno al RPM ante Colpensiones, pero que fue resuelta desfavorablemente por encontrarse a menos de 10 años de cumplir la edad mínima para obtener su pensión de vejez.

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

Subsanada la demanda, se admitió e integró la litis, pronunciándose la demandada Colpensiones de forma oportuna, así:

AFP Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda, pero aceptó los hechos relacionados a, la edad, las semanas cotizadas, la fecha de afiliación al ISS, la fecha de traslado a la AFP Protección SA y el agotamiento de la reclamación administrativa, de los demás hechos dijo que no le constaban y, por lo tanto, se atenía a lo que se probará en el proceso.

En ese orden de ideas, formuló las excepciones de inexistencia del derecho reclamado a cargo de Colpensiones, prescripción, saneamiento de la nulidad, buena fe, y, la innominada o genérica (pdf. 19, *ídem*).

En cambio, la **Administradora de Pensiones y Cesantías Protección SA**, no allegó en el término procesal la contestación de la demanda.

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 25 de agosto de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante, señora Sandra Cifuentes Ortiz, ...realizado en el año 1999 al régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad por omitirse el deber de información que rige en materia de Seguridad Social, de conformidad con lo expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR que el(sic) la demandante, Sandra Cifuentes Ortiz, ha estado afiliada al régimen solidario de prima media con prestación definida sin solución de continuidad desde su elección inicial, conforme a lo considerado.

TERCERO. Declarar no probados los medios exceptivos formuladas por apoderado judicial de la demandada Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, conforme a lo expuesto.

CUARTO: CONDENAR a la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones las sumas de dinero que están consignadas en la cuenta de ahorro individual de la demandante, Sandra Cifuentes Ortiz, incluidos los rendimientos financieros, así como los porcentajes correspondientes a los gastos y/o comisiones de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia cobrados, al igual que los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, y con cargo a sus propios recursos y, eventualmente, de los bonos pensionales, si los hubiere o, en su defecto cuando se rediman.

QUINTO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a que, una vez la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA, traslade los recursos a su cargo, los reciba a satisfacción a efectos de reflejarlos en historia laboral del(sic) demandante con sus respectivos valores, IBC y un detalle pormenorizado de los ciclos de cotización.

SEXTO. CONDENAR en costas a la demandada Administradora Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA. En su liquidación, inclúyase la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente por concepto de agencias en derecho a su cargo y a favor de la parte demandante, absolviendo de condena en costas a Colpensiones.

SÉPTIMO. CONSÚLTESE con el Tribunal Superior – Sala Laboral del Distrito Judicial de Bogotá, respecto de lo desfavorable a Colpensiones.”

Lo anterior, tuvo sustento en la inactividad probatoria de la AFP Protección SA, pues, no otorgó contestación a la demanda y en ese sentido, no logró demostrar que suministró a la actora información relevante, veraz y completa respecto de las ventajas y riesgos de la modalidad pensional del RAIS; sino que por el contrario supeditó la entrega de datos meramente especulativos, y a la rendición de un formulario de vinculación que no ilustra un consentimiento informado; en apego de los lineamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte, para efectos de declarar la ineficacia del traslado de régimen.

1.5. ALEGATOS EN CONSULTA

La apoderada de **Colpensiones**, pretende que, se mantenga la validez del traslado al Régimen de Ahorro Individual que, se suscribió con la Administradora de Pensiones Protección SA, puesto que, el artículo 2° de la ley 797 de 2003, señala que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren menos para cumplir la edad de pensión de vejez, de ahí que, al momento de ser admitida la demanda, la accionante contaba con 55 años, sobrepasando el límite de edad para realizar el traslado. Que, en el evento de que no se acoja sus argumentos,, requirió la confirmación del fallo de primera instancia teniendo en cuenta la devolución de la totalidad de los recursos de la cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, rendimientos, bonos pensionales y porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración, para propender por la protección de la sostenibilidad financiera del sistema (07 pdf. 02 C02).

El apoderado de la parte de la parte **demandante** solicita la confirmación de la decisión de primer grado, toda vez que, no recibió del fondo privado Protección SA información clara, veraz y oportuna de las condiciones de la pensión a sabiendas de la asimetría que existía entre el administrador experto y el afiliado lego (06 pdf. 02 C02).

Según constancia secretarial la **Administradora de Fondos de Pensión y Cesantías Protección SA**, no recorrió el traslado para alegar en segunda instancia.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL MECANISMO DE REVISIÓN OFICIOSA.

Conoce la Sala del mecanismo de consulta respecto de la sentencia proferida por el *a quo*, a favor de Colpensiones de conformidad con lo señalado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó el juez al declarar la ineficacia del traslado de la demandante Sandra Cifuentes Ortiz al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 03 de octubre de 1964 (pág. 2 – 36, pdf. 01, C01); ii) cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el 16 de noviembre de 1989, hasta el 30 de septiembre de 1989 como lo acredita la historia laboral consolidada por Colpensiones (pág. 323 - 38 pdf. 01 C01) iii) el 11 de noviembre de 1989 se trasladó al RAIS administrado por Colmena hoy Porvenir SA mediante la suscripción del formulario de afiliación de fecha 12 de julio de 1999, como se acredita con la certificación de Protección SA (pág. 5 – 36 pdf. *ídem*); administradora en la que actualmente se encuentra afiliado con un total de 1412.28 semanas conforme la historia laboral aportada (pág. 07 *ídem*).

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley, y en virtud de ésta norma, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado tiene que estar precedida del cumplimiento de ese mandato, como lo dispone el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

(...)la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019).

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, toda vez que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que la afiliada expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando la administradora incumplió la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993.

De este modo, como la afiliada adujo la falta de información o la mala entrega de ésta por parte de la AFP, la administradora tiene sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: *«la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo»* (artículo 1604 CC), en ese orden, Protección SA es quien debe probar en contrario, es decir, que sí proporcionó la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado. Como la entidad cuenta con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrece, era quien debía probar que brindó una asesoría integral y completa a la demandante **al momento de su traslado**, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara

preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado del afiliado. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que la afiliada hubiese suscrito el formulario de vinculación o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no liberan a las AFP de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe, su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

El argumento referente a que se impone una obligación inexistente al momento de la vinculación no es acertado por cuanto desde la creación de las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

Sumado a ellos, dentro de los deberes del fondo estaba informar, verbigracia, las diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 93, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de

transición pensional y las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle a la afiliado **con detalle**, las **ventajas y desventajas** de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria. .

Luego hay que insistir en que, la labor del funcionario del fondo privado de pensiones en el momento previo a hacer efectivo el traslado de régimen, debe trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -art. 10 D.720/94- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Protección SA haya afirmado en sus alegatos que, no se incurrió en una omisión de información y, que, por el contrario, se le brindó una asesoría transparente y acorde a la normativa de la época, la Sala no encuentra demostración de que rebata la negación indefinida de la actora que no la recibió. Observándose que la demandante, por el contrario, no confesó ni aceptó que hubiera recibido una explicación detallada.

Por ello, la Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que la demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

La declaratoria de ineficacia implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado «*bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida*» (CSJ SL1689-2017).

Considera la Corporación que, al declararse la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS, **todos los actos jurídicos que se celebraron tras la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo que Protección SA

traslade a Colpensiones no solo los valores existentes en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, sino también, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, **sin que la AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización.**

Así lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P Gerardo Botero Zuluaga.

En ese sentido, y en el grado jurisdiccional de consulta que se revisa la decisión de primera instancia, se adicionará la decisión para ordenar el pago de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados de conformidad a los parámetros establecidos recientemente por nuestro órgano de cierre, en sentencias como la SL 359-2021 y especialmente la SL 950 de 2022, en las que se señala:

... Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Sumado a lo anterior, con ocasión de los rendimientos de los aportes se compensa la pérdida del valor adquisitivo de estos, los cuales como variables económicas del mercado van a depender de que los mismos se causen, por ello ante la falta de certeza de su existencia, es con la indexación que se solventa.

Por consiguiente, se confirmará la devolución de todos los conceptos ordenados en primera instancia, y adicionará que deben ser debidamente indexados los gastos de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima.

2.6. PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

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

No hay lugar a costas.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

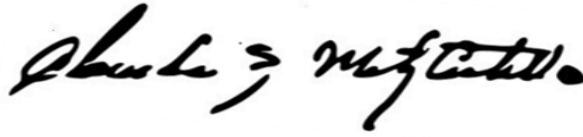
PRIMERO: ADICIONAR el numeral cuarto la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 25 de agosto de 2023 dentro del proceso promovido por Sandra Cifuentes Ortiz contra la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA y Colpensiones, en el sentido de ordenar la devolución de los gastos de administración, primas de seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados; por los motivos antes expresados.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en lo demás.

TERCERO: Sin lugar a condena en costas en esta instancia.

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

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado

Link expediente digitalizado:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Ep-YWPYd_rJClzxbhSMYqmMB6U_3FjG_da-mM0sMBLANRw?e=NnQXSb



DEMANDANTE:	Luis Alfonso Guana Aguirre
DEMANDADA:	Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia de traslado
DECISIÓN:	Confirmar
RADICADO Y LINK:	11001310502620210056201 11001310502620210056201

En Bogotá DC, a los veintidós (22) días de marzo de dos mil veinticuatro (2024), la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados** Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, **y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 08 de marzo de 2023, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá DC.

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

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende el demandante que se declare la ineficacia del traslado, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida en adelante RPMPD al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en adelante RAIS; en consecuencia, se ordene a dicha entidad devolver a Colpensiones la totalidad de aportes realizados, rendimientos financieros, cuotas de

administración, bono pensional a que haya lugar y la actualización de su historia laboral; costas y agencias en derecho (pág. 144, pdf. 01, C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que estuvo afiliado al RPMPD, administrado por el ISS hoy Colpensiones donde alcanzó un total de 621.29 semanas cotizadas; que desde septiembre de 1998 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Protección SA; que a partir del 1° de junio de 1998 sus aportes a pensión fueron recibidos por la AFP Colfondos, donde cotizó más de 1.165.71 semanas; pero que la información suministrada no fue clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de ambos regímenes; no le hicieron un estudio de su situación particular; ni le realizaron una re-asesoría, para ilustrarle sobre la oportunidad procesal de retornar al RPM antes de cumplir los 52 años.

Por otro lado, el demandante expuso que el 14 de enero de 2021 la AFP Colfondos dio contestación al derecho de petición informándole que no podrá acceder al derecho pensional de vejez “*por capital acumulado*”. Así como que agotó la reclamación administrativa solicitando a Colpensiones la activación de su afiliación el día 23 de septiembre de 2021, que fue desatada en forma negativa.

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Colpensiones aceptó los siguientes hechos, a la afiliación del demandado en el RPM y el agotamiento de la reclamación administrativa de manera desfavorable; respecto de los demás hechos señaló que el accionante cotizó el total de 367,57 semanas y que referente a los demás hechos descritos no le constan por radicar en cabeza de terceros. Así mismo, se puso a la totalidad de las pretensiones y para derruirlas propuso las siguientes excepciones de mérito: Prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, cobro de lo no debido, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condenar en costas, las que procedan después de probados los hechos y se declaren de oficio. (pdf. 06, C01).

Protección SA, al contestar aceptó los hechos relativos al traslado al RAIS y a la petición que radicó; se opone a los hechos referentes al incumplimiento del deber de información; que como consecuencia de la desinformación se trasladó de régimen; y que no le brindaron el acompañamiento e información completa, integral, veraz y transparente sobre la forma en que el traslado hacia el RAIS; y de las demás situaciones fácticas dijo no constarle.

Para controvertir los hechos formuló las excepciones de fondo que denominó prescripción, inexistencia de la obligación, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, innominada o genérica.

(pdf. 09, C01).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 08 de marzo de 2023, dispuso:

PRIMERO. DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante LUIS ALFONSO GUANA AGUIRRE al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR al fondo de pensiones PROTECCIÓN a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con sus rendimientos financieros causados, el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Lo anterior, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por el demandante, conforme lo expuesto anteriormente.

CUARTO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

QUINTO. CONDENAR en costas de esta instancia al fondo de pensiones PROTECCIÓN, fijándose como agencias en Derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1'000.000).

Consideró que, luego de revisadas las pruebas allegadas al plenario como el formulario de vinculación suscrito por la demandante y los consolidados de aportes de los movimientos de la cuenta de ahorro individual; no se puede inferir que le hubieran proporcionado la información completa, clara y comprensible que le permitiera tener claridad sobre la trascendencia de la decisión de traslado; y muchos menos con la nota preimpresa contenida en dicho formulario en la que se indicó que la selección de régimen de ahorro individual con solidaridad se efectuó en forma libre y espontánea sin presiones.

Concluyó a su vez, que no se acreditó que la actora hubiera recibido una asesoría para tener plena certeza sobre su elección, porque en el interrogatorio, ella no emitió confesión o aceptación alguna de que le hubieran explicado de manera concreta las circunstancias, características, beneficios, condiciones, o las consecuencias del traslado de régimen; además, que de conformidad con lo preceptuado en el art. 196 del CGP la confesión es indivisible, es decir no se puede tomar como hechos aislados, sino que se acompasa con las aclaraciones.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

De acuerdo al informe secretarial ninguna de las partes describió traslado para presentar alegatos.

1.7. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Teniendo en cuenta que la decisión le fue desfavorable a una entidad descentralizada en la que la Nación es garante y que no se interpuso el recurso de apelación, el presente asunto se estudiará en el Grado jurisdiccional de Consulta en cumplimiento de lo establecido en el artículo 69 del CPTSS.

Así las cosas, deberá la Sala establecer si es procedente declarar la ineficacia del traslado al régimen privado en causa de la omisión del deber de la AFP de informar a la afiliada.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

Conoce la Sala del recurso de consulta de la sentencia a favor de Colpensiones de conformidad con lo señalado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó la juez al declarar la ineficacia del traslado del demandante Luis Alfonso Guana Aguirre al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Según el acervo probatorio arrojado, no hay duda de que **(i)** la demandante nació el 17 de septiembre de 1962 como se desprende de la fotocopia de cédula del demandante (pág. 15, pdf. 01, C01); **(ii)** que el señor Luis Alfonso Guana Aguirre cotizó en el RPM entre el 24 de febrero de 1981 hasta el 30 de noviembre de 1998 con un total de 367,57 semanas; **(iii)** que desde el 1° de octubre de 1998 empezó a cotizar en la AFP Protección; **(iv)** que el 1° de noviembre de 2001 se trasladó al fondo de pensiones ING Pensiones y Cesantías; **(v)** que el día 31 de diciembre de 2012 retorna a Protección SA por fusión con ING Pensiones y Cesantías; **(vi)** agotó el recurso de petición ante la AFP protección que le fue resuelto de manera negativa; **(vii)** que el 23 de septiembre de 2021 le solicitó a Colpensiones declarar la ineficacia del traslado de régimen y simultáneamente que se le active la afiliación de la demandante al RPM; **(viii)** y que Colpensiones respondió de forma negativa.

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1° del art. 271 de la misma Ley, de acuerdo con la cual, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado debe estar precedida del cumplimiento de ese mandato. Tal como lo dispone el art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

(...)la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los

sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019).

El fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia)

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que el afiliado expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando las administradoras incumplieron la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los art. 2 y 12 del Decreto 663 de 1993.

Así, cuando el afiliado alega la falta de información o la mala entrega de esta por parte de la AFP, como ocurre en este caso, la administradora tiene sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*» (artículo 1604 CC).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que la afiliada expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando la administradora incumplió la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la

documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado del afiliado. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que el afiliado hubiese suscrito el formulario de vinculación o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no liberan a las AFP de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

Ello por cuanto desde la creación de las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el art. 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

En sus deberes estaba el de informar, por ejemplo, que existen diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para

obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 93, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle al afiliado **con detalle**, las ventajas y desventajas de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria.

Luego resulta necesario insistir en que, la labor del funcionario del fondo privado de pensiones en el momento previo a hacer efectivo el traslado de régimen, debe trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -art. 10 D.720/94- por el cual se reglamentaron los art. 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien es cierto Protección SA afirmó al contestar la demanda que al demandante le brindaron la asesoría requerida de manera suficiente para el caso (pdf. 11), y en sus alegatos hizo hincapié en que el demandante a pesar de no tener ninguna imposibilidad de retornar al RPMPD no lo hizo y, por el contrario, siguió realizando aportes en su cuenta de ahorro individual, la Sala no encuentra acertada tal objeción, porque el demandante fue claro al manifestar que la asesora del fondo que la abordó en el estacionamiento de su lugar de trabajo no le informó las características de dicho fondo como, la edad de pensión, la diferencia entre el RPMPD y el RAIS, el tiempo de permanencia para un posterior traslado, los rendimientos financieros y la pensión en caso de fallecimiento.

De acuerdo a ello lo que denota el interrogatorio de la actora es que no se le suministró la debida y completa información por parte de la asesora de Protección SA, amén de que no es menos cierto que de acuerdo con la jurisprudencia descrita en párrafos precedentes, tenía como carga probatoria acreditarlo. Sin embargo, ninguna prueba contundente arrojó que dé cuenta de la información realmente suministrada al momento de su afiliación que implicó el traslado de régimen.

Pues como lo viene sosteniendo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la oportunidad de **la información se juzga es al momento del acto jurídico del traslado de régimen pensional**, y no con posterioridad a aquel, aunado a que tampoco se pueden escudar en que el afiliado no haya formulado cuestionamientos al

momento de su traslado, o que haya manifestado en su interrogatorio que conocía la existencia de dos regímenes, porque de ello no se puede inferir que su traslado se hizo con la plena convicción de las ventajas y desventajas que ello le traería a futuro precisamente por la debida información suministrada por la AFP.

Por ello, la Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y con ello, que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que el demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

La declaratoria de ineficacia implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado *«bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

Considera la Corporación que, al declararse la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS, **todos los actos jurídicos que se celebraron tras la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo que Protección SA traslade a Colpensiones no solo los valores existentes en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, sino también, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, **sin que la AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización.**

Así lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P.

Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P Gerardo Botero Zuluaga.

Si mpone precisar que, como en la sentencia de primer grado, se ordenó la indexación, debe traerse a colación que en reciente jurisprudencia SL2048-2023, la Corte agrupó en dos rubros diferentes las sumas a restituir; en primer lugar, las correspondientes a los aportes pensionales con sus rendimientos financieros; y en segundo lugar, los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y las dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, en consonancia con los porcentajes de distribución estipulados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, esta distinción encuentra su asiento en que, por disposición legal, los aportes pensionales deben generar una rentabilidad mínima, con la cual compensar la pérdida del poder adquisitivo, siendo éste el argumento que sustenta la devolución de las cotizaciones con sus rendimientos causados; a diferencia de lo que ocurre con los restantes conceptos –gastos de administración - sumas destinadas al seguro previsional - montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima-, que para el momento en que opere su devolución al RPMPD ya han sido afectados por el fenómeno de la depreciación, por ello la necesidad de ordenar su indexación, a fin de traerlos a valor presente.

Sin embargo, conviene aclarar que la actualización de los aportes solo opera si la AFP respectiva no pone a disposición de Colpensiones los conceptos ordenados en el plazo otorgado.

De acuerdo con lo expuesto, se confirmará la decisión de primer grado y adicionará en virtud del grado jurisdiccional de consulta, la orden de primer grado, para precisar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Porvenir SA, Skandia SA, y Protección SA, deberán hacerse con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida, y entregando la historia laboral de la afiliada con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, *“...junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen ...”*.

2.6. PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

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

Sin lugar a condena en costas de segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

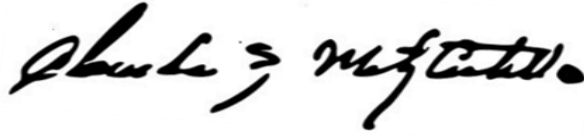
PRIMERO: ADICIONAR al numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 8 de marzo de 2023 dentro del proceso promovido por Olga Lucía Pérez Torres contra Protección SA y Colpensiones, en cuanto a que las órdenes deben cumplirse en el plazo de –30 días- junto con el traslado de la historia laboral del señor Luis Alfonso Guana Aguirre con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: Confirmar la sentencia en lo demás.

TECERO: Sin costas en esta segunda instancia, por los motivos antes expuestos.

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

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado

Enlace virtual: https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/q/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/ErzbKnIGhz5DpasDfZahtgMB31iuXcG6rDitcdZIMJVyGQ?e=MocpiM



DEMANDANTE:	Ligia CamargoVanegas
DEMANDADA:	Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA y Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Modifica y confirma
RADICADO Y LINK:	11001310500320210029301 11001310500320210029301

En Bogotá DC, a los veintidós (22) días de marzo de dos mil veinticuatro (2024), la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver los recursos de apelación interpuestos por las AFP Porvenir SA y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de ésta última, frente a la decisión adoptada por el Juzgado tercero Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario adelantado por la señora Ligia Camargo Vanegas en contra de las recurrentes.

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

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

La demandante pretende la declaratoria de ineficacia de las siguientes afiliaciones al Régimen de Ahorro Individual RAIS, en primer lugar, la afiliación a Porvenir SA el 20 de junio de 1997, igualmente el traslado del 26 de febrero de 1998 al Fondo de Pensiones y Cesantías Colpatria, hoy Porvenir SA, y el traslado a la AFP Porvenir SA el 19 de agosto de 1999. A su vez declarar y ordenar a este último trasladar la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos, en

consecuencia, ordenar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en adelante RPM, administrado hoy por Colpensiones, las demás extra y ultra petita (pág. 5 pdf. 01 C001).

1.2. HECHOS

Como fundamentos relevantes de sus pretensiones, indicó haber nacido el 8 de agosto de 1964, inició cotizando a pensión en el Instituto de Seguro Social, hoy Colpensiones, desde el 22 de septiembre de 1987 hasta el 31 de agosto de 1997. La actora manifiesta haberse trasladado y suscrito formulario de traslado el 20 de junio de 1997 con la AFP Porvenir SA, Después se afilio al fondo de pensiones Colpatria, hoy Porvenir SA el 26 de febrero de 1998, y que su ultimo trasladó fue a Porvenir SA mediante formulario el 19 de agosto de 1999. A su vez manifiesta no haber recibido una asesoría clara, completa, integral y veraz, donde le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional. Manifiesta que a los 47 años no le dieron la asesoría para retornar al RPM. Señaló que su actual fondo de pensión sigue siendo Porvenir SA, y que a la presentación de la demanda no se encuentra pensionada. Además, solicitó por escrito el día 4 de junio de 2021 ante Colpensiones trasladarla al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad siendo despachada negativamente. La demandante solicitó a Porvenir SA la nulidad de la afiliación a, quien le negó el traslado.

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Porvenir SA, al contestar los hechos de la demanda y se opone a las presentaciones. Manifestó no costarle la edad de la demandante al no aportar el registro civil de nacimiento, y tampoco costarle hechos relacionados con un tercero ajeno a la entidad. Aceptó la afiliación a Porvenir SA el 20 de junio de 1997, así como la afiliación al mismo fondo el 19 de agosto de 1999, señala que la actora en la actualidad se encuentra afiliada y que no está pensionada por los riesgos de vejez o invalidez. De los demás hechos dijo no ser ciertos. Para desvirtuar las pretensiones fórmula como excepciones; la prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y excepción genérica (pdf. 04, *ídem*).

Colpensiones, se opone a las pretensiones de la demanda y acepta los hechos relacionados a la fecha de nacimiento, la afiliación desde el 22 de septiembre de 1987 y hasta el 31 de agosto de 1997 cotizaba a pensión en el Instituto de Seguro Social, hoy Colpensiones y que

aún no se encuentra pensionada, el agotamiento de la reclamación administrativa. La recurrente manifestó que no recibió una asesoría clara y completa, alude el fondo público no es cierto, pues la demandante firmó formulario de afiliación aceptando el traslado de régimen pensional y las condiciones del traslado. De los demás hechos afirma no costarle por tratarse de hechos ajenos a la entidad.

Formuló las siguientes excepciones imposibilidad de la responsabilidad, sui generis, juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho, sostenibilidad financiera, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica (pdf. 06, *ídem*).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 6 de febrero de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de la demandante LIGIA CAMARGO VANEGAS del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado el 20 de junio de 1997, así como los traslados horizontales realizados con posterioridad a COLPATRIA S. A., y de COLPATRIA S. A. a PORVENIR S. A., para entender vinculada a la Demandante, en forma válida al régimen solidario de prima media administrado por COLPENSIONES, todo de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S. A., a trasladar a la administradora colombiana de pensiones - COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante LIGIA CAMARGO VANEGAS por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales en el evento que ya se encuentren redimidos, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder, de igual manera deberá devolver con cargo a sus propios decursos los gastos de administración, los valores de los seguros previsionales, y el porcentaje para constituir el fondo de garantía de pensión mínima que le hubiesen descontado durante todo el tiempo que estuvo afiliada en esa AFP, todo conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES aceptar el traslado y recibir los dineros que efectúe la AFP PORVENIR S. A., para que proceda a activar la afiliación de la Demandante LIGIA CAMARGO VANEGAS, como si nunca se hubiese traslado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo actualice la información de la historia laboral de la demandante en semanas de tiempo cotizado.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS, incluidas las agencias en derecho a la Demandada COLPENSIONES se tasan en la suma de DOS MILLONES (\$2.000.000) DE PESOS MCTE a cargo de cada una, Y PORVENIR S. A., en la suma de UN MILLÓN SETECIENTOS MIL (\$1.700.000) PESOS MCTE.

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

Consideró que la AFP Porvenir SA para el 20 de junio de 1997 existía normatividad que exigiera a las administradoras de pensiones a brindar información objetiva, comparada y

transparente acerca de las características de los dos regímenes pensionales y que conforme a la línea jurisprudencial de la Corte, era menester declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional surtido por la demandante, en la medida en que la AFP no demostró con suficiencia haberle suministrado a la actora información relevante, veraz y completa respecto del cambio de régimen y las modalidades de pensión en el RAIS, que los formularios de vinculación por sí solos no constituyen prueba suficiente para dar por establecido que la información fue veraz, ni menos se probó el consentimiento informado para tomar la decisión de traslado.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Se advierte que solo se resolverá en favor de Colpensiones recurso de apelación, toda vez que la AFP Porvenir SA no presentó recurso, por ende, no se tendrán en cuenta los alegatos de conclusión presentados por esta última.

Colpensiones manifestó presentar recurso solo frente a revocar la condena en costas, pues en este caso la entidad responde conforme a lo dispuesto en la ley, es decir, la imposibilidad legal de recibir a la demandante al régimen de prima media con prestación definida cuando presento la solicitud de retorno al RPM conforme lo dispuesto en la ley 797 de 2003 señala esta normatividad que hay una imposibilidad del afiliado que quiere pasar del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media. A su vez, permaneció por más de 20 años al régimen privado lo cual demostró un ánimo de permanencia.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Como quiera que **Colpensiones** trajo a colación argumentos que no fueron expuestos en el recurso de apelación, estos no se tendrán en cuenta, pues así lo dispone el principio de congruencia; la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha explicado que las sentencias deben guardar armonía o consonancia frente a los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y con las excepciones que aparezcan probadas y que hubiesen sido alegadas, pues así lo exige la ley. En el caso concreto se apeló únicamente sobre la condena en costas y no sobre la ineficacia del traslado y así fue presentado en los alegatos de conclusión de segunda instancia.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

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

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó el juez al declarar la ineficacia del traslado de la demandante Ligia Camargo Vanegas, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 8 de agosto de 1964 (pág. 37 pdf 01 C001); ii) certificado de afiliación de la actora (pág. 38 pdf 01 *ídem*); iii) cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el 22 de septiembre de 1987, hasta el 31 de agosto de 1997 (pág. 39 - 42 pdf 01 *ídem*); iv) derecho de petición dirigido a Colpensiones (pág. 43 - 44 pdf 01 *ídem*); v) respuesta Colpensiones (pág. 45 - 47 pdf 01 *ídem*); vi) derecho de petición Porvenir SA (pág. 48 – 49 pdf 01 *ídem*); vii) respuesta Porvenir SA (pág. 50 – 80 pdf); viii) respuesta de la solicitud de informe de fechas aprobadas para la capacitación de las AFP dirigido a Superintendencia Financiera de Colombia (pág. 81 – 82 pdf 01 *ídem*).

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley, y en virtud de ésta norma, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado tiene que estar precedida del cumplimiento de ese mandato, como lo dispone el artículo 97, numeral 1º del

Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

(...)la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019).

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, toda vez que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que la afiliada expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando la administradora incumplió la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993.

De este modo, como la afiliada adujo la falta de información o la mala entrega de ésta por parte de la AFP, la administradora tiene sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: *«la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo»* (artículo 1604 CC), en ese orden, Porvenir SA es quien debe probar en contrario, es decir, que sí proporcionó la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado. Como la entidad cuenta con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrece, era quien debía probar que brindó una asesoría integral y completa a la demandante al momento de su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego. (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado del afiliado. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que la afiliada hubiese suscrito el formulario de vinculación o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no liberan a las AFP de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

El argumento referente a que se impone una obligación inexistente al momento de la vinculación no es acertado por cuanto desde la creación de las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

En sus deberes estaba informar, verbigracia, las diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 93, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle a la afiliado **con detalle**, las **ventajas y desventajas** de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria. Que deben trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -art. 10 D.720/94- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Porvenir SA haya afirmado en sus alegatos que a la demandante le brindaron la asesoría requerida suficiente para el caso, y del derecho que tenía de trasladarse de régimen pensional, y que conocía ambos regímenes; la Sala no encuentra demostración de que rebata la negación indefinida de la actora que no la recibió. Observándose que la demandante, por el contrario, no confesó ni aceptó que hubiera recibido una explicación detallada.

Por ello, la Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que la demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

La declaratoria de ineficacia implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado «*bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida*» (CSJ SL1689-2017).

Considera la Corporación que, al declararse la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS, **todos los actos jurídicos que se celebraron tras la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo que Porvenir SA traslade a Colpensiones no solo los valores existentes en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, sino también, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, **sin que la AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización**.

Así lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P. Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

Bajo tales supuestos, en cuanto a la inconformidad del fondo con la orden impartida en primera instancia consistente en ordenar a la AFP, devolver a Colpensiones todos los conceptos indexados, se impone precisar que en reciente jurisprudencia SL2048-2023, la Corte agrupó en dos rubros diferentes las sumas a restituir; en primer lugar, las correspondientes a los aportes pensionales con sus rendimientos financieros; y en segundo lugar, los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y las dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, en consonancia con los porcentajes de distribución estipulados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, esta distinción encuentra su asiento en que, por disposición legal, los aportes pensionales deben generar una rentabilidad mínima, con la cual compensar la pérdida del poder adquisitivo, siendo éste el argumento que sustenta la devolución de las cotizaciones con sus rendimientos causados; a diferencia de lo que ocurre con los restantes conceptos – gastos de administración - sumas destinadas al seguro previsional - montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima-, que para el momento en que opere su devolución al RPMPD ya han sido afectados por el fenómeno de la depreciación, por ello la necesidad de ordenar su indexación, a fin de traerlos a valor presente.

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

2.6. PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

2.7. COSTAS

Con relación al punto de impugnación relativo a la imposición de las costas a cargo de Colpensiones, debemos tener en cuenta que la condena que se emite en su contra no es por su actuar negligente u omisivo, sino que es la consecuencia de la ineficacia de una afiliación por la desidia que tuvo un tercero, en este caso la AFP, con la demandante; así que las condenas que hoy asume Colpensiones surgen de la declaratoria de ineficacia, por lo que no hay lugar a condenar a esta codemandada a las costas de primera instancia, y en tal sentido se revocará parcialmente el numeral quinto de la sentencia objeto de alzada

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

Se **modificará** parcialmente el numeral quinto, referente a la condena en costas, incluida las agencias en derecho a la demandada Colpensiones tasadas en la suma de DOS MILLONES (\$2.000.000) DE PESOS MCTE a cargo de cada una, sin lugar a condena en costas en primera y segunda instancia dada la prosperidad parcial del recurso a favor de Colpensiones.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

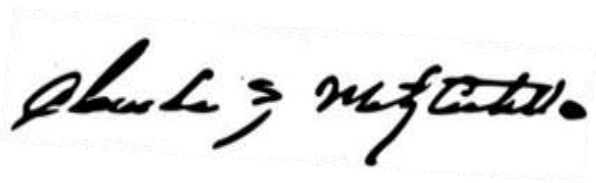
PRIMERO: REVOCAR parcialmente el numeral quinto de la sentencia proferida por el Juzgado tercero Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 06 de febrero de 2023 dentro del proceso promovido por Ligia Camargo Vanegas contra la AFP Porvenir SA y Colpensiones; para en su lugar absolver de la condena en costa impuestas a Colpensiones; de conformidad con las razones expuestas en este proveído.

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

TERCERO: CUARTO: Sin costas en esta segunda instancia, por los motivos antes expuestos.

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

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



DEMANDANTE:	Emma Teresa Socha Quiroga
DEMANDADA:	Colfondos SA Pensiones y Cesantías, Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA y Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia de la afiliación
DECISIÓN:	Confirma
RADICADO Y LINK:	11001310500420190093301 11001310500420190093301

En Bogotá DC, a los veintidós (22) días de marzo de dos mil veintitrés (2024), la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver los recursos de apelación interpuestos por las AFP Porvenir SA y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de ésta última, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario adelantado por la señora Emma Teresa Socha Quiroga en contra de las recurrentes.

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

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende la demandante se declare la ineficacia de su vinculación y traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPMPD- administrado por el ISS hoy Colpensiones al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por Colfondos SA. Que se ordene el

retorno a Colpensiones. En consecuencia, ordenar a Porvenir SA trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos. Así como condenar a este último fondo privado, dado el caso de haber concedido la pensión con antelación a proferir sentencia. Además de costas; (pág. 5 pdf. 01 C001).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones expuso que, estuvo afiliada al Sistema de Seguridad Social en Pensiones desde el 20 de septiembre de 1994 a través del ISS y luego se trasladó a Colfondos SA a partir del 12 de noviembre de 1998; que solamente diligenció el formulario de afiliación, pero que no se brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional; que agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando la anulación del traslado, que también elevó ante Porvenir SA, resuelta de forma desfavorables por ambos fondos. Y que en la actualidad sigue efectuando sus cotizaciones ante Porvenir SA (pág. 1-5, idem).

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Colfondos SA presentó oposición a las pretensiones de la demanda, sólo aceptó los hechos relacionados con la afiliación al RPM, la respuesta que le dio a la actora a su solicitud de nulidad de la afiliación, y estado actual como afiliada RAIS. Los demás hechos los negó.

Formuló como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por activa, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicio del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación por Colfondos SA, prescripción, compensación y pago (pdf. 03 *ídem*).

Colpensiones aceptó los hechos que hablan de la fecha de afiliación al RPM, así como la petición que elevó de solicitud de traslado de fondo respondida de manera insatisfactoria, el traslado de fondo, y que ninguno de los fondos ha anulado su afiliación. De los demás hechos dijo no constarle y no ser ciertos.

Se opuso a las pretensiones y para derruirlas formuló las excepciones de imposibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, proporcionalidad y ponderación, error de derecho, sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, innominada o genérica (pdf. 07, *ídem*).

Porvenir SA al contestar solo aceptó los hechos referentes a la fecha de afiliación a ese fondo, la entrega del reporte del estado de cuenta junto con las semanas cotizadas, la negativa a la solicitud de anulación de la afiliación, el estado activo de la actora en el fondo. Los demás hechos los negó o dijo no constarle por tratarse de una administradora ajena.

Se opuso a las pretensiones invocadas por la demandante y formuló las excepciones de fondo de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido y buena fe (pdf. 15, *ídem*).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 2 de febrero de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de EMMA TERESA SOCHA QUIROGA DE ESCOBAR a la AFP COLFONDOS, realizada en 1999, por los motivos expuestos. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PORVENIR a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONDENAR a la AFP COLFONDOS, a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a esa administradora.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que, una vez, se efectúe el anterior trámite, acepte sin dilación alguna

el traslado del demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes.

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

SEXTO: CONDENAR en costas a la demandada COLFONDOS Y PORVENIR. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1/4 y 1/2 de smmlv, respectivamente.

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

Consideró el juzgado que conforme a los motivos presentados para el caso en concreto y así como lo ha ratificado la línea jurisprudencial trazada por la Corte Suprema de Justicia las AFP procedía la declaratoria de ineficacia, porque los fondos privados están en la obligación de suministrarle a la demandante información relevante, veraz y completa, y que no pudieron probar en contrario que al momento de su afiliación o de su traslado hubieran cumplido con ello, sumado a que los formularios de vinculación por sí solos no constituyen prueba suficiente para dar por establecido que la información fue veraz, ni se probó el consentimiento informado para tomar la decisión de traslado o la tesis de los actos de relacionamiento que muestren que fue interés de la demandante pertenecer al régimen de ahorro individual.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir SA, solicitó la revocatoria de la condena, indicó que, si bien existe un precedente jurisprudencial por la Corte, no es aplicable a todos los casos que pretendan la ineficacia de la afiliación; que la demandante decidió de una manera voluntaria e informada trasladarse con la AFP Colfondos y Porvenir; que no existen razones fácticas o jurídicas, que puedan establecer la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS. Indicó que el traslado de los aportes corresponde a los causados en la reserva del instituto de seguro social hoy Colpensiones y no los generados por el régimen de ahorro individual; que no hay lugar a restituir los gastos de administración, seguro provisionales o cualquier tipo de monumento correspondientes a erogaciones legales que le asisten al fondo privado; que la devolución monetaria indexada implicaría una doble condena.

Así mismo, solicitó que se absuelva de la condena en costas, bajo el sustento que sus actuaciones fueron diligentes y de buena fe.

Colpensiones apeló la decisión del despacho aclara que sus actuaciones fueron de buena fe y la negación de retornar a la demandante a la entidad está basada en el cumplimiento legal, indicando de la misma no puede reconocer derechos y prerrogativas con liberalidad, situación que afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones alega que se pone en peligro los derechos de los demás afiliados, advierte que la actora ya cumplió con los requisitos para obtener la pensión. Es así como solicita la revocatoria del fallo y en su lugar sea absuelta de las pretensiones de la demandante y condenar en costas a la parte actora.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

La apoderada de **Colpensiones** reiteró los argumentos expuestos en la sustentación del recurso en la primera instancia para que sean negadas las pretensiones de la demanda frente al caso de nulidad del traslado de régimen, pues argumenta que la decisión del traslado es del afiliado, de forma libre y voluntaria, manifiesta no haberse demostrado que la afiliación al régimen de ahorro individual presentaba un vicio del consentimiento, y que tampoco es el empleador el que pueda direccionar la voluntad del trabajador para que acoja algunos de los regímenes de pensión; que la actora actuó con el debido conocimiento, y que así se evidencia en los supuestos facticos y jurídicos del caso. Y solicitó que, en caso de que se emita sentencia adversa a los intereses de dicha entidad, solicitó que no se le condene en costas, ya que la negativa ante las pretensiones de la actora, obedece al cumplimiento de la ley (pdf. 006, C002).

El apoderado de **Porvenir SA** solicitó revocar el fallo de primera instancia reiterando los fundamentos expuestos en la sustentación de los recursos; advirtió que la demandante tuvo oportunidades para retornar al régimen de prima media en el momento en que se vinculó a porvenir, y que durante el interrogatorio de parte surtido en la audiencia del artículo 80 del CPTSS se evidenció el cumplimiento del deber de información en cabeza de este fondo privado, y que su inconformidad con el régimen de ahorro individual se derivó por el monto de la mesa pensional, y tal supuesto no puede considerarse un vicio de la voluntad.

Se refirió a las restituciones mutuas que operan en los casos de ineficacia, teniendo en cuenta que Colpensiones, ha actuado como un agente oficioso voluntario, a quien le debe entregar unos rendimientos superiores a los aportados desde un inicio. Advirtió que los rendimientos a trasladar deben considerarse como si el

afiliado hubiese permanecido vinculado al régimen de prima media con prestación definida, es decir, que, los rendimientos deber ser únicamente los aportados a dicho régimen. Por ello deviene en improcedente la devolución de los gastos de administración, así como las sumas que la AFP pagó a las aseguradoras bajo el concepto de primas de los seguros previsionales; dineros que ya fueron aportados a las aseguradoras. Y que, una vez desestimada la ineficacia, se les absuelva de la condena en costas (pdf. 009 C002).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

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

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó el juez al declarar la ineficacia del traslado de la demandante Emma Teresa Socha Quiroga al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el 20 de septiembre de 1994, (pág. 51 pdf. 01 C001); ii) historial laboral Consolidada Porvenir SA (pág. 26 – 52 pdf. 15 *ídem*); iii) Solicitud de vinculación o traslado de fondo de cesantías y pensiones obligatorias Colfondos SA (pág 60. 01 *ídem*) vi) reporte de semanas de cotización (pág 61-71 pdf. 01 *ídem*) vii) derecho de petición presentado a Porvenir SA (pág 72 pdf. 01 *ídem*), contestación derecho de petición Porvenir SA (pág 73-74 pdf. 01 *ídem*) viii) formulario único Porvenir SA (pag 75 pdf. 01 *ídem*) ix) cédula de ciudadanía (pág 76 pdf. *ídem*) x) certificado Porvenir SA (pág 77 pdf. 01 *ídem*) xi) formulario de reclamos y sugerencias Colpensiones (pág 78 pdf. 01 *ídem*) xii) contestación derecho de petición Colpensiones (pág 79-81 pdf.01 *ídem*) xiii) derecho de petición

dirigido a Colpensiones (pág 82 pdf 01 *ídem*) xiv) contestación derecho de petición Colfondos SA (pag 85 pdf.01 *ídem*) xv) expediente administrativo (pdf. 4.1 *ídem*)

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

Como primera medida que, según lo dispuesto en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley. Es por ello que cualquier persona ya sea natural o jurídica que vaya en contra el derecho del trabajador a su afiliación, la consecuencia de este hecho será quedar sin efecto.

Aun cuando la afiliación es libre y voluntaria, los fondos de pensión están obligadas a cumplir con su deber de informar, ya que la decisión de traslado debe ser cumplida, así como lo establece en el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria extiéndase que, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

(...)la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019).

Así, la AFP esta en la responsabilidad de brindar al usuario que esta por trasladarse de régimen, la información completa para tomar una decisión, dicho lo anterior el traslado no surte efectos cuando no se le ha suministrado una comunicación completa, y no se evidencia que la decisión allá sido libre y voluntaria, pues se entiende que la decisión de traslado de régimen pensional cambia según la información dada en su momento CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia).

Por lo anterior, no es posible probar un verdadero conocimiento informado en quien recae de los elementos para acoger una decisión pertinente al caso concreto, de tal manera no se logra demostrar que la afiliada expreso su voluntad de pertenecer al RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando la obligación de ambos fondos falló en el deber de proporcionar la información necesaria, así como se establece en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993, vigentes a la fecha del traslado y de la migración entre el RAIS.

De tal manera, y así como la afiliada arguyo la falta de información o la mala entrega de esta por parte de las AFP, a estas se le atribuyen la carga de la prueba y demostrar que efectivamente dieron cumplimiento a dicha obligación, por cuanto: *«la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo»* (artículo 1604 CC), en ese orden, Colfondos SA y Porvenir SA son quienes debían probar en contrario, que sí suministraron la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado, al contar con los medios técnicos y los conocimientos respecto del portafolio que ofrecen.

Se insiste que la carga de la prueba, sin que importen las circunstancias particulares del afiliado, es función de las AFP, toda vez que: (i) La aseveración de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) La documentación que soporta el traslado debe permanecer en los archivos del fondo de pensión, pues recae en esta AFP haber brindado la información y en consecuencia probar ante la autoridad administrativa y judiciales su debido cumplimiento (iii) no puede ser razonable que la carga de la prueba sea invertida en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que estas entidades financieras, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019 y SL1688-2019).

Así las cosas, la constancia de que se cumplió con el deber de información es inevitable, por lo que la firma del formulario de afiliación no es suficiente para demostrar el consentimiento informado al afiliado. La postura tomada por la Corte Suprema de Justicia sala laboral, sentencia 19447 de 2017; frente al acto o el traslado del régimen pensional debe ir de la mano de una decisión libre y sobre todo voluntaria del afiliado, es por ello que no basta con la simple manifestación de quien toma la decisión del traslado, va más allá de cumplir con los parámetros

relacionados frente a la libertad informada, en cuanto a la solicitud y trámite del traslado del régimen pensional, pues debió darse una explicación clara comprensible y suficiente, en relación a las ventajas y desventajas desplegadas de la decisión.

El hecho de haber suscrito un formulario de vinculación, y aun cuando en su contenido expresa que la afiliación se hace de manera libre y voluntaria, o que la afiliación fue efectuada libre y espontánea sin ejercer presión o afirmaciones de la misma índole, no significa que han cumplido con la obligación de manera estricta y de buena fe sobre su deber de informar, estas manifestaciones no son completas a la hora de demostrar un consentimiento sin vicios. (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

Las AFP están en la obligación de brindar una información detallada sobre; las diversas modalidades de pensionales, que el valor que se recibirá por pensión de vejez en el RAIS siempre dependerá del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, que en caso de no contar con dicho capital adecuado para obtener por lo menos una pensión mínima la cual equivale al 110% del SMLMV a la fecha de aplicación de la ley 100 de 1993, actualizado al índice del consumidor, que deberá seguir cotizando, sea o no beneficiario del régimen de transición pensional a su vez ventajas derivadas de la misma, así como realizar proyecciones aritméticas y los respectivos comparativos que allá lugar hacia el futuro en el caso de ambas opciones, esto en relación con el cálculo aproximativo del monto pensional a reconocer. Sus deberes consisten en indicarle al afiliado los detalles, ventajas y desventajas que acarrea la decisión de trasladarse de régimen pensional, esta siendo libre y voluntaria por el afiliado.

Ahora, aunque Porvenir SA afirma en sus alegatos que a la demandante no podían rechazar la voluntad de traslado, y que decidió de una manera voluntaria e informada con la AFP Colfondos y a su vez con Porvenir, advierte que la misma pudo validar la información brindada por ambos fondos de pensión, y que si cumplido impuesta en su momento así como el formulario que suscribió en solicitud de su vinculación, para la Sala no se logra demostrar que la negación indefinida de la actora de que no recibió una información completa. A su vez se observa que la demandante no aceptó conocer del régimen, por el contrario, se evidencia que su conocimiento sobre el mismo es vago, pues no conto con un comparativo de

ventajas y desventajas de ambos regímenes y las implicaciones de tomar la decisión del traslado

Bajo tales premisas, la Sala concluye que las AFP incumplieron con su obligación y por tal motivo faltó en uno de los presupuestos de la eficacia, tratándose del deber de información, omisión que en el derecho de pensión de vejez decidió de una manera voluntaria e informada con la AFP Colfondos y a su vez con Porvenir, la misma pudo validar la información brindada por ambos fondos de pensión de vejez, situación que constituye la declaración de ineficacia del traslado, es por ello que se entiende que las cosas deben volver a su estado inicial, y que la actora nunca se trasladó al régimen de ahorro individual. Confirmando así la decisión de primera instancia.

Por su parte Colpensiones alude a en sus argumentos que fueron terceros de buena fe y que el motivo por el cual optaron una decisión negativa se debió a el cumplimiento de preceptos legales, por lo que la misma no pudo reconocer derechos y prerrogativas con libertad, situación que deriva un detrimento en la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, y pone en riesgo los derechos de los demás afiliados, manifiesta que la demandante ya cuenta con los requisitos necesarios para la pensión.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

Bajo esa Circunstancia, la declaración de ineficacia de traslado conlleva que las cosas vuelven al mismo estado inicial en que se hallarían de no haber existido tal modificación, esto es, se priva de todo acto al traslado *«bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

Analiza la Corporación que la consecuencia jurídica consiste en (vuelta al status quo ante). Así se refleja en las sentencias (CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019) pues expresa que las consecuencias prácticas de la declaración ineficacia del traslado. La sala de civil de esta corporación de igual forma afirmó lo siguiente; *“la ineficacia jurídica (entendida en su apelación general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de los efectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva*

ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que la negociación jurídica no se ha celebrado jamás” (CSJ SC 3201-2018).

Así, todos los actos jurídicos celebrados con posterioridad a la suscripción de la afiliación pierden su fuerza vinculante, por lo que es legal que Colfondos SA y Porvenir SA realizar el traslado a Colpensiones en concepto de: saldos de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, los porcentajes destinados a gastos de la administración, primas de seguros provisionales y al fondo de pensión de garantías y al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, sin la posibilidad de que ninguna de las AFP puedan conservar algún valor descontado de la cotización, como lo ha señalado la jurisprudencia en la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814.

Esta Sala no comparte los argumentos expuestos por el apoderado judicial de Porvenir SA en cuanto a la doble condena por el mismo concepto a la que hace referencia pues si viene cierto los gastos de administración, lo dispuesto en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 indica que están previstos para ambos regímenes, a su vez los artículos 60 y 104, estable que dichos valores son cancelados por los afiliados, la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional, al regresar las cosas a su estado no se pueden generar en favor de la Administradora del Fondo privado de pensiones demandada sin atender a motivos de que su actuación estuvo revestida de buena fe por su gestión. Frente a la orden de indexación de las condenas.

Según el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, atendiendo los reparos de la forma en la que se deben imponer las condenas a fin de que sea Colfondos donde inicialmente se trasladó la demandante y seguidamente la AFP Porvenir SA, sea la encargada de asumir la cobertura de la afiliada al sistema general de pensiones bajo los lineamientos del régimen de prima media con prestación definida. Al estar acreditada el incumplimiento de uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, siendo este el deber de información, dada su usencia en el derecho pensional conlleva a la declaración de la ineficacia del traslado del régimen pensional, por tal motivo las cosas deben volver a su estado inicial en el que se encontraban, es decir, que la demandante nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Por lo que contrario a los argumentos expuestos por el recurrente, en atención al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, y el artículo 271, inciso primero de la misma ley y el precedente jurisprudencial de nuestro órgano de cierre constitucional, no es que la AFP Protección SA deba asumir la posible pensión de vejez que cause el demandante, junto con la posterior subrogación pensional; sino que lo procedente en estos casos es que el afiliado retorne al RPMPD, sin solución de continuidad.

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

Frente a la obligatoriedad del pago del seguro previsional para el financiamiento y monto de la pensión de sobrevivientes y de invalidez para ambos es decir el RAIS como en el RPM, la jurisprudencia ha conceptuado en sentencias que los seguros de naturaleza especial, se encuentra incluidos dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad, así como lo expresa el artículo 59 de la ley 100 de 1993.

Lo atinente y que ha sido reiterado el precedente que obliga a las AFP a cumplir con la orden de devolver los aportes al RPM con cargo a sus propias utilidades o patrimonio, como en la jurisprudencia, pues la sala a mencionado que los fondos privados de pensión deben realizar el traslado a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, con sus respectivos rendimientos financieros, es así como se obliga a las AFP hacer la devolución de gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, al ser recuramos que nacieron con la ineficaz del traslado y han debido pasar a manos del RPM administrado por Colpensiones.

En el grado jurisdiccional de consulta, se adicionará la sentencia para ordenar deberán hacerse con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida.

2.6. COSTAS PROCESALES

Ahora bien con relación en dirimir el recurso de apelación presentado por Porvenir SA, se debe precisar que lo dispuesto en el artículo 365 del código general del proceso, señala que se trata de una condena objetiva que es aplicada por el solo hecho de resultar la parte vencida en el proceso o en el recurso; el haber prosperado las pretensiones de la demanda, declararse la ineficacia del traslado del régimen, resultando la demandada Porvenir SA vencida en el proceso, da lugar a tal condena a su cargo y a favor de la parte actora

Sin que se observe que las a ella impuestas superan el máximo estipulado en el Acuerdo n° PSAA16-10554, que es entre 1 a 10 smlmv, y que se itera se determina para cada parte -artículo 365 y 366 CGP-, y a su cargo solo corresponde el monto de \$3.600.000 (Ver al respecto CSJ SCL, Rad 40993 del 22 de enero de 2013, MP RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO), por lo que se confirmará este punto.

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

Costas de segunda instancia a cargo de Porvenir SA y Colpensiones en favor de la demandante por no prosperar el recurso de apelación, fijarse como sumas en derecho el valor de \$1/4 y ½ de SMLMV.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el juzgado cuarto Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 2 de febrero de 2023 dentro del proceso promovido por **Emma Teresa Socha Quiroga** contra las AFP Colfondos SA, Porvenir SA y Colpensiones, en cuanto a la ineficacia de la afiliación, para ordenar que la orden

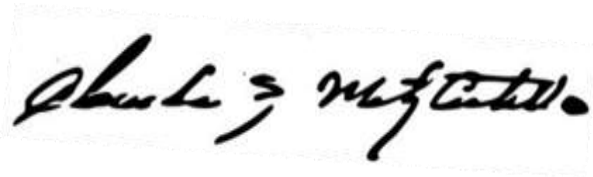
de traslado se cumpla dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida, conforme a las consideraciones antes expuestas.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en lo demás.

TERCERO: Costas de segunda instancia a cargo de **Porvenir SA y Colpensiones**, en favor de la demandante por no prosperar los recursos de apelación. Fijarse como sumas en derecho el valor de \$1/4 y ½ de SMLMV.

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

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado

Link expediente digitalizado:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EmnwBLGCjTRGqbSB_L4IVFEbc8Z75XXnRBnKhKcLnibHzQ?e=VIMf58



DEMANDANTE:	Juan Carlos Cuervo Alfonso
DEMANDADA:	Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Confirma
RADICADO Y LINK:	11001310503520220023501 <u>11001310503520220023501</u>

Bogotá DC, veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

AUTO

Conforme a lo dispuesto en los artículos 74 y 75 del Código General del Proceso, en los términos de los documentos allegados, (009 pdf. 01 pág. 02 - C002), se reconoce personería para actuar en representación de Colpensiones a la doctora, Leidy Carolina Fuentes Suárez con Tarjeta Profesional 246.554 del Consejo Superior de la Judicatura.

En la fecha, la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados** Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y **Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en su favor, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario adelantado por el señor **Juan Carlos Cuervo Alfonso** en contra de Colpensiones y de Porvenir SA.

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

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende el demandante la declaratoria de ineficacia de su afiliación y traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por la AFP Porvenir; que como consecuencia de lo anterior, se ordene a dicha entidad, trasladar a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones junto con sus rendimientos, frutos, intereses, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora y, a su vez que, se ordene a Colpensiones a recibirlo como afiliado; así como, que se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho; *ultra y extrapetita* (pág.9, pdf. 01, C001).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 13 de mayo de 1968; se afilió al ISS hoy Colpensiones desde el 08 de noviembre de 1991; luego se trasladó al RAIS el 20 de diciembre de 1995 con el diligenciamiento del formulario ante Porvenir SA. Pero que, dicha decisión no fue informada, autónoma y consciente, por cuanto, el fondo no le brindó información clara y por escrito sobre el derecho de retracto, el plan de pensiones y el reglamento de funcionamiento de la AFP Porvenir; sin el cotejó con la información del RPM. Finalmente, señaló haber agotado la reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando la aceptación de su traslado, resuelta de forma desfavorable (pág. 9 –10, idem)

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Porvenir SA al contestar aceptó la fecha de afiliación a ese fondo y su calidad de cotizante activo; los demás hechos los negó o manifestó no constar de ellos.

Para derribar las pretensiones, formuló como excepciones de mérito: la prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y, la genérica (pdf. 07, pág. 18- 22, C01).

Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda, pero aceptó los hechos relacionados a, la fecha de nacimiento, los aportes efectuados al ISS, el agotamiento de la reclamación administrativa y la respuesta desfavorable que emitieron. Frente a los demás hechos dijo que no le constan por tratarse de situaciones particulares entre el demandante y la AFP Porvenir.

Para enervar las pretensiones formuló como excepciones de mérito las de: descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de nulidad, no procedencia de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y, la innominada o genérica. (pdf. 05, pág. 16 – 31, C01).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 21 de febrero de 2023, dispuso:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por **JUAN CARLOS CUERVO ALFONSO**, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la **AFP PORVENIR**, y como consecuencia de ello, se ordena a la(sic) dicho fondo a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos.

SEGUNDO: CONDENAR a las **AFP PORVENIR S.A** a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión del demandante por los gastos de administración, conforme al tiempo que la demandante permaneció afiliada en el fondo privado, tal como se advirtió en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a volver a afiliar a **JUAN CARLOS CUERVO ALFONSO** al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que este hubiese efectuado a la administradora de pensiones y cesantías **PORVENIR S.A.**

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada **AFP PORVENIR S.A.**, por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$1.000.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas, sin costas a cargo de **COLPENSIONES**.

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

Juzgó que, conforme a la línea jurisprudencial de la Corte, era menester declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional surtido por el demandante, en la medida en que la AFP no cumplió con la carga de la prueba, para demostrar con suficiencia que le suministró al actor información relevante, veraz y completa respecto del cambio de régimen y las modalidades de pensión en el RAIS para atenuar la asimetría existente. Además, indicó que, los formularios de vinculación por sí solos no constituyen prueba suficiente para dar por establecido que la información fue veraz, objetiva y comparada, ni menos se probó el consentimiento informado para tomar la decisión de traslado, toda vez que, que el deber de información comprende todas las etapas del proceso, desde antes de la afiliación, así como la reasesoría que debió dársele para explicarle las condiciones para el disfrute de la pensión.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones solicitó que la absolvieran de los cargos impuestos, con fundamento en que la afiliación del demandante tiene origen en una decisión libre y voluntaria, adicionalmente, manifestó que, no se le puede atribuir a la administradora el desconocimiento de la norma; insistiendo en que se está afectando la seguridad social de los afiliados y la justicia material al permitir la descapitalización del sistema pensional, auspiciando a través del traslado el subsidio de personas mediante los recursos ahorrados por los afiliados que, sí han contribuido con sus rendimientos al esquema, y a la postre, solicitó que, no sea condenada en costas y agencias en derecho, toda vez que, actuó como tercero de buena fe.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

La apoderada de **Porvenir SA** señaló que, no se probaron los requisitos para la configuración de la nulidad absoluta o relativa que pregonan el artículo 1741 del código civil, por cuanto no se incurrió en ningún vicio de consentimiento, por consiguiente, el acto jurídico es válido y, de ser así, el error fue saneado por la ratificación tácita desplegada por el demandante al demostrar su permanencia por más de 20 años, así como el deber que le asiste al actor de estar informado; reiterando los argumentos expuestos en su defensa (pdf. 011, pág. 02-11, C02).

La apoderada de **Colpensiones** arguyó que, el demandante se encontraba en una prohibición legal para trasladarse en virtud del artículo 13 de la ley 100 de 1993 que no logró acreditar el vicio del consentimiento y que durante 27 años no ejerció una acción que demostrará su inconformidad, por lo cual quedo ratificado su deseo de permanencia en el RAIS, por otro lado, disiente de la interpretación que se le da al artículo 1604 del Código Civil en la medida que, el deudor es el afiliado en un contrato de afiliación, de ahí que, sea a quien le compete la carga de la prueba pues alega que, el fondo no está obligado a lo imposible, por lo que, no se le puede exigir que allegue material probatorio que se refiera a hechos del 20 diciembre de 1995.

Aunado a ello, manifestó que, es contrario a la seguridad jurídica adjudicar cargas adicionales de las que consagra la ley 100 de 1993, menciona que el accionante no es un afiliado lego pues tenía conocimiento de la norma, aludió a una falta de interpretación sistemática con el estatuto civil, resalto el problema de la descapitalización del sistema y, finalmente, dijo que no se habían probados los perjuicios ocasionados. (pdf. 006, pág. 02-05, idem).

La parte **demandante** no recorrió el traslado para alegar.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

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

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó la juez al declarar la ineficacia del traslado del demandante Juan Carlos Cuervo Alfonso al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello, al igual que, procederá a resolver si la declaratoria de ineficiencia del traslado menoscaba el principio de sostenibilidad financiera.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 13 de mayo de 1968 (pág. 47, pdf. 01, C001); ii) cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el 08 de noviembre de 1991, hasta el 31 de diciembre de 1994 (pdf. 05, pág. 123- 125, *ídem*); iii) el 01 de enero de 1996 se trasladó al RAIS administrado por Porvenir SA mediante la suscripción del formulario de afiliación de fecha 20 de diciembre de 1995 (07 pdf. 68 pág. *ídem*), administradora en la que actualmente se encuentra afiliada con un total de 1.303.2 semanas conforme la historia laboral aportada (pág. 130 *ídem*); iv) agotamiento de la reclamación administrativa ante Colpensiones (pág. 52-54, pdf. 01, *ídem*)

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley, y en virtud de ésta norma, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado tiene que estar precedida del cumplimiento de ese mandato, como lo dispone el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

(...)la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas,

consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019).

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, toda vez que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que el afiliado expresó su voluntad al permanecer en el RAIS, y que su vinculación conserva validez, cuando la administradora incumplió la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993.

De este modo, como el afiliado adujo la falta de información o la mala entrega de ésta por parte de la AFP, la administradora tiene sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*» (artículo 1604 CC), en ese orden, Porvenir SA es quien debe probar en contrario, es decir, que sí proporcionó la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado. Como la entidad cuenta con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrece, era quien debía probar que brindó una asesoría integral y completa a el demandante al momento de su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los

archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, por ende, se obedece a una regla de justicia. (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que no se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado del afiliado. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que el afiliado hubiese suscrito el formulario de vinculación o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no liberan a las AFP de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

El argumento referente a que se impone una obligación inexistente al momento de la vinculación no es acertado por cuanto desde la creación de las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

Dentro de sus deberes estaba informar, verbigracia, las diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si el afiliado no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 93, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y las ventajas que se derivan del mismo; así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle al afiliado **con detalle**, las **ventajas y desventajas** de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria. Que deben trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -art. 10 D.720/94- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Colpensiones haya afirmado en sus alegatos que el demandante era contador, conocía los dos regímenes del sistema pensional, y que, además de ello, se le brindó la asesoría requerida suficiente en relación con el derecho al traslado, no da lugar, a calificarse como afiliado lego. Sin embargo, cabe precisar que, para exonerar al fondo de su obligación de entregar información clara, completa y comprensible como se ha explicado, no es válido, como acertadamente advirtió la jueza de primer grado, que se deba analizar la formación del afiliado, ya que, el fondo es quien ostenta del deber legal de proveer todos los pormenores de la afiliación.

Lo anterior, cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta, que la AFP se encuentra en una posición dominante en el mercado que lo hace experto en el manejo de los recursos del público, y en ese sentido, no basta con promulgar el contenido de la ley, pues el conocimiento del ordenamiento jurídico es un deber que recae en los ciudadanos y que goza de un carácter potestativo, por lo cual, no apareja sanciones sino resultados fallidos, *contrario sensu*, las AFP tienen a su cargo obligaciones, que se pueden exigir coercitivamente y, en el evento de ser incumplidas generan consecuencias en el plano jurídico, tal como la ineficacia, de manera que, para él caso *sub examine*, son indiferentes las circunstancias particulares del demandante

para acceder a la ley, pues lo anterior, no releva a la administradora de suministrar información veraz, oportuna, completa y precisa que le permita a los afiliados tener todos los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada.

Así lo ha entendido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema, por ejemplo, en la sentencia SL4322-2022 en la que hace un recuento de la evolución normativa y jurisprudencial de las obligaciones de la AFP de brindar una información y explica que ese deber existe desde la creación del RAIS, pues su objeto social lo ejecutan en el marco regulatorio del servicio público de Seguridad Social, de manera que, dicha entidad no está condicionada por el grado de experticia o el área de especialidad con la que cuente el usuario del sistema pensional.

Sumado a que no se encuentra demostración de que rebata la negación indefinida del actor que no recibió la respuesta. Observándose del interrogatorio practicado que el demandante, por el contrario, no confesó ni aceptó que hubiera recibido una explicación detallada, puesto que, en su declaración manifestó que, en el momento de la vinculación solo le dieron a escoger un formulario en ausencia de asesores de Porvenir S.A, además de aseverar que, el fondo privado no se comunicó con el afiliado antes de la edad de pensión para brindarle información referente a sus proyecciones futuras.

Por ello, la Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que el demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

La declaratoria de ineficacia implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado *«bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más*

bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida» (CSJ SL1689-2017).

Lo que trae como consecuencia que, al declararse la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS, **todos los actos jurídicos que se celebraron tras la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; en virtud de ello, en el grado jurisdiccional de consulta la Sala entra a revisar la orden impartida por el juez, observándose que la misma dista de la línea jurisprudencial trazada en este sentido, por lo que se adicionará a fin de ordenar que Porvenir SA traslade a Colpensiones no solo los valores existentes en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, sino también, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, **sin que la AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización.**

Así lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P Gerardo Botero Zuluaga.

En esa medida, no se estaría quebrantando el principio de sostenibilidad financiera, pues como se ha reiterado en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, dicha figura jurídica, conlleva a que, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban, esto es, como si el cambio pensional no hubiera ocurrido, por consiguiente, los recursos que se reintegran al fondo común de Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida , de esta forma, descartando todo tipo de erogaciones no previstas (CSJ SL2877-2020 y CSJ SL1022-2022).

Bajo tales supuestos, el juez se apartó a su vez del precedente que ordena la indexación de los conceptos a restituir como son los gastos de administración,

seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, bajo el supuesto que con los rendimientos se está compensando la depreciación del dinero, no obstante el criterio reciente de la alta Corporación de cierre, ha determinado que los fondos deben devolver todos los conceptos indexados.

Corolario de lo antes expuestos, se adicionará en ese mismo sentido el fallo para ordenar a Porvenir SA devolver los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de pensión mínima indexados, puesto que se impone precisar que en reciente jurisprudencia SL2048-2023, la Corte agrupó en dos rubros diferentes las sumas a restituir; en primer lugar, las correspondientes a los aportes pensionales con sus rendimientos financieros; y en segundo lugar, los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y las dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, en consonancia con los porcentajes de distribución estipulados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, esta distinción encuentra su asiento en que, por disposición legal, los aportes pensionales deben generar una rentabilidad mínima, con la cual compensar la pérdida del poder adquisitivo, siendo éste el argumento que sustenta la devolución de las cotizaciones con sus rendimientos causados; a diferencia de lo que ocurre con los restantes conceptos –gastos de administración - sumas destinadas al seguro previsional - montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima-, que para el momento en que opere su devolución al RPMPD ya han sido afectados por el fenómeno de la depreciación, por ello la necesidad de ordenar su indexación, a fin de traerlos a valor presente.

Sin embargo, conviene aclarar que la actualización de los aportes solo opera si la AFP respectiva no pone a disposición de Colpensiones los conceptos ordenados en el plazo otorgado.

Por lo que las consecuencias de la ineficacia del traslado solo pueden afectar directamente a quien las ocasionó, en este caso a Porvenir SA, como ente al que estuvo afiliado el actor, tal como se ha reiterado en este proveído, sobre quien recae la obligación de devolver las sumas que hagan parte de ese régimen y conceptos que correspondan de la cuenta de ahorro individual del afiliado, amén de que ha sido reiterado el precedente que obliga a las AFP a cumplir la orden de devolución de aportes al RPM con cargo a sus propias utilidades o patrimonio, como en la sentencia SL3464 de 2019 donde se conceptuó:

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

En lo atinente a los reparos de Colpensiones frente al equilibrio económico y principio de sostenibilidad, la sala destaca que en cuanto a la sostenibilidad financiera la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado, enfatizando que con la declaratoria de ineficacia no se presentaran agravios o erogaciones no previstas, en la medida en que los saldos obrantes a su favor en la cuenta de ahorro individual, junto con el bono pensional, los rendimientos, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, serán devueltos para menoscabo del detrimento patrimonial del RPM. Lo anterior se puede corroborar en autoAL5492 de 2022, el cual expresó lo siguiente:

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

Cabe agregar que para el funcionamiento de dicho régimen es garante el Estado, dado que el legislador realizó previas «coberturas automáticas» que puede respaldar un número de variables escrutadas, tal como lo puso de presente la Corte en sentencia SL2766 de 2021:

En primer lugar, debe recordarse que en lo que relativo al régimen de ahorro individual con solidaridad, si bien conforme a los artículos 68, 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, de manera general y, en principio, todas las pensiones de este modelo se financian con los recursos de las cuentas de ahorro individual y el valor de los bonos pensionales cuando a ello hubiere lugar, lo cierto es que el legislador también previó coberturas automáticas en caso que aquellas variables no logren autofinanciar la acreencia pensional, a fin de respaldar el pago de pensiones mínimas y no trasladar esa carga económica a los afiliados (CSJ SL4108-2020).

Dado que, la historia laboral posee una relevancia constitucional por estar estrechamente relacionada con los aportes realizados por el trabajador, los salarios, el empleador, entre otros datos, tienen como propósito la verificación de estos para el reconocimiento de una prestación pensional futura que supone que el beneficiario cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con las que se va a financiar, de manera que la pensión es el fruto del trabajo de muchos años y su otorgamiento está respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral.

Es por esta inferencia se da lugar a adicionar también la orden de primer grado, para precisar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Porvenir SA, deberán hacerse con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida, y entregando la historia laboral de la afiliada con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, *“...junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen ...”*.

2.6. PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

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

Se condenará en costas a Colpensiones en razón de, haber sido vencido en el recurso, objeto de alzada, las agencias en derecho se fijan en suma de \$1'300.00 pesos a cargo de Colpensiones y a favor del demandante.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. RESUELVE:

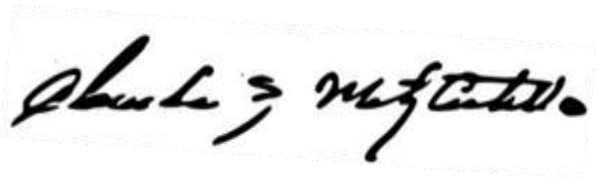
PRIMERO: Adicionar el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 21 de febrero de 2023, dentro del proceso promovido Juan Carlos Cuervo Alfonso en contra de Colpensiones y de Porvenir SA, en el sentido de ordenar a Porvenir SA que efectúe el traslado a Colpensiones, de los aportes de la cuenta del demandante junto con sus rendimientos, y los gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional, y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados; así mismo que las órdenes deben cumplirse en el plázo de -30 días- junto con el traslado de la historia laboral del señor Juan Carlos Cuervo Alonso con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: Confirmar la sentencia en lo demás.

CUARTO: Condenar en costas de segunda instancia a Colpensiones, por resultar vencido en el recurso, las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 a cargo de Colpensiones y en favor del demandante.

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

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado

Link expediente digitalizado:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/E1FLD0RVgjNMmSmsQBMpT3IB_HetYCpo6MqkcDNK0XMxSA?e=MekZ6f



DEMANDANTE:	Myriam Castañeda Rodríguez
DEMANDADAS:	Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías SA, Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección SA y, Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Adicionar y confirmar
RADICADO Y LINK:	11001310503720210044301 11001310503720210044301

Bogotá, veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

AUTO

Conforme con lo dispuesto en los artículos 74 y 75 del Código General del Proceso, en los términos de los documentos allegados, (pág. 28 – 59; pdf. 013; 02 C002) se reconoce personería para actuar en representación de Porvenir a la doctora Nedy Johana Dallos Pico, con Tarjeta Profesional 373640 del Consejo Superior de la Judicatura y al doctor, Daniel Francisco Gómez Cortés en representación de Skandia Pensiones y Cesantías SA, con Tarjeta Profesional 389914 del Consejo Superior de la Judicatura.

En la fecha indicada, la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver los recursos de apelación interpuestos por Skandia Pensiones y Cesantías SA y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de la segunda, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario adelantado por la señora **Myriam Castañeda Rodríguez** en contra de las recurrentes.

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

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende la demandante la declaratoria de ineficacia de su vinculación y traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- el 21 de octubre de 1996 al fondo Colmena SA hoy administrado por Protección SA, y posteriormente a Porvenir SA y a la AFP Skandia SA; que se ordene el retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPM- hoy administrado por Colpensiones. En consecuencia, se ordene a la última administradora, que traslade a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos, bonos pensionales, y a Colpensiones a recibir los aportes; extra y ultra petita; y condenar a costas y agencias en derecho (pág. 02; pdf. 01; 01 - C001).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones desde el 09 de marzo de 1992 hasta el 31 de octubre de 1996; posteriormente el 21 de octubre de 1996 suscribió solicitud de vinculación a Colmena SA hoy Protección SA hasta el 31 de diciembre de 1998; luego se trasladó a Porvenir SA el 01 de enero de 1999 hasta el 30 junio de 2019, finalmente se movilizó a Skandia el 30 de mayo de 2019 hasta la actualidad, pero que dicha decisión no fue informada, autónoma y consciente, ya que no se le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicara respecto del derecho de retracto, los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional. Señaló que agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones, que fue despachada desfavorablemente.

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Porvenir SA, no aceptó ninguno de los hechos de la demanda, pues se limitó a negar o señalar que no consta de ellos por tratarse de un tercero ajeno a ellos. Formuló como excepciones la prescripción de cualquier derecho reclamado y de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y, buena fe (pág. 1 – 142; pdf. 09; 01 – C001).

Colpensiones aceptó los hechos relacionados a, la vinculación al RPM a través del Instituto de Seguros Sociales y las semanas cotizadas, y el agotamiento de la reclamación administrativa. De los demás hechos dijo no constarle por tratarse de hechos que le competen a un tercero ajeno a dicha entidad.

Se opuso a las pretensiones de la demanda y para derruirlas formuló las excepciones de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho, innominada o genérica y, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público. (pág. 1 – 135; pdf 07; *ídem*).

Protección SA aceptó los hechos relacionados con la información contenida en el formulario de afiliación de la actora, y aclaró que, dicho documento fue aprobado por la Superintendencia Financiera, además de que, la obligación de conservar soportes documentales surgió con la Circular 016 de 2010, de forma que, es improcedente exigir su aplicación antes de la entrada de vigencia, es decir, en 1996 cuando se efectuó el traslado, aceptó la radicación de la petición que elevó ante dicha AFP. Los demás hechos los negó. Refutó las pretensiones y propuso las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se

declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; traslado de aportes; traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFPs convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen e innominada o genérica (pág. 1 -68; pdf. 10, *ídem*).

Skandia SA acepto los hechos referentes a la movilización dentro de los diferentes fondos privados, el total de semanas cotizadas. De los demás dijo no constarle uno y negó otros. En su defensa, propone las siguientes excepciones de fondo: prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe e innominada o genérica (pág. 1 – 101; pdf. 12; *ídem*).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 09 de febrero de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO DE TRASLADO entre regímenes pensionales que efectuó la demandante señora **MYRIAM CASTAÑEDA RODRÍGUEZ** del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en su momento por el ISS al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la **AFP COLMENA**, que tuvo como fecha de suscripción el 21 de octubre de 1996. En consecuencia, se **DECLARA** válida la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por **COLPENSIONES**, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **AFP SKANDIA S.A.** su actual administradora, a transferir a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**, todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos y los bonos pensionales, lo recaudado por gastos de administración y comisiones por el periodo de duración de su vinculación con la entidad, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

TERCERO: CONDENAR a la demandada **AFP PORVENIR S.A.**, y a la **AFP PROTECCIÓN S.A.** a devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y comisiones cobrados por el periodo de duración de su vinculación con cada una de las entidades, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

SEXTO: Se ordena remitir el presente proceso a la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la decisión. Esta decisión queda legalmente notificada en estrados a las partes.”

Consideró que, conforme a la línea jurisprudencial de la Corte, era menester declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional surtido por la demandante,

en la medida en que las AFP no probaron haberle suministrado a la actora información relevante, veraz y completa, y que los formularios de vinculación por sí solos no constituyen prueba suficiente para dar por establecido que la información fue veraz, ni menos se probó el consentimiento informado para tomar la decisión de traslado. Se abstuvo de condenar a las costas a las demandadas por cuanto la responsabilidad derivada de la omisión del deber de información era atribuible exclusivamente a la AFP Colmenas SA, y en razón a su desaparición, el nexo de causalidad se fracturó.

En últimas, se abstuvo de conceder la indexación de los gastos de administración, dado que, con el traslado ya se causaba la devolución de los rendimientos financieros generados durante el período de vinculación, de esta forma, logrando compensar la depreciación de la moneda. (pág. 03; pdf. 19; 01 – C001).

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones, reiteró que, el deber de información de las administradoras de pensiones empezó a construirse jurisprudencialmente en el año 2019, por lo tanto, no puede volverse exigible desde el momento del traslado. De otro lado, aseveró haberle brindado la información suficiente sobre las condiciones del régimen, además de señalar que, el funcionamiento del sistema general de pensiones está desarrollado en la Ley 100 de 1993, de ahí que, la afiliada tenía el deber de informarse, puesto que, de haber cumplido con ese mínimo de diligencia, se hubiese percatado del derecho de retracto. Que se afecta el principio de sostenibilidad financiera por cuanto la actora no ha contribuido en la consolidación del derecho pensional de los demás afiliados del RPM. Para finalizar, solicitó que, en caso de resultar vencida en el proceso, se la absuelva de costas y se condene a los demás accionados a la devolución de aportes, rendimientos y gastos de administración debidamente indexados.

Skandia SA, insistió en los argumentos de su defensa e indicó que la demandante se encontraba inmersa en una prohibición legal para trasladarse y que, con posterioridad a recibir la falsa información por Colmena SAS, logró esclarecer su situación a raíz de su afiliación con Skandia SA, en adición a esto, señaló que los actos de relacionamiento desplegados por la actora permitían entrever su intención de permanecer en el RAIS, no obstante, manifestó que, en el evento de

declarar la ineficacia requirió solo condenar a pagar lo que se encuentra en la cuenta de ahorro individual, por otro lado, expuso que el derecho objeto de discusión, es susceptible de prescripción por cuanto la controversia no se circunscribe en el derecho pensional sino en la afiliación, incluso solicito que los bonos pensionales fueran dirigidos al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, del mismo modo, declaró que, no hay lugar a la devolución de los rendimientos como consecuencia de la ineficacia, igualmente, solicitó que, con ocasión de las restituciones mutuas se le reconozcan los gastos que hizo en favor de la afiliada para que no se configure el enriquecimiento sin justa causa. Por último, planteó su inconformidad con la orden de devolver los aportes fondos de garantía de pensión mínima, así como, con los seguros de invalidez y sobrevivencia pues ya fueron trasladados a las aseguradoras a fin de garantizar la cobertura, y que esos dineros ya no se encuentran en su poder.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

La apoderada de **Skandia SA** manifestó haber actuado de buena fe y conforme a las obligaciones a su cargo, de tal manera que, no medio vicio de consentimiento frente a la afiliación, por el contrario, la demandante se vinculó a los 47 años cuando no estaba legitimada para trasladarse, por otro lado, expresó que, la accionante estuvo revestida de plena capacidad para conocer las implicaciones de suscribir el formulario de vinculación, pues dicho documento cumplía con los requisitos de ley, en ese sentido, señaló que, fue la mesada pensional lo que, incentivo a la afiliada a incoar la presente acción sin apreciar que ese concepto depende de diferentes factores, por otra parte, solicito que no se devolvieran los gastos de administración y las primas de seguros previsionales, pues su naturaleza impide la restitución de las mismas, a la postre, dejó planteada la imposibilidad de efectuar la entrega de los rendimientos como efecto de la ineficacia. (pág. 1 – 53; pdf. 08; 02 - C002).

La apoderada de **Porvenir SA** arguyó que no se configuraron los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional, dado que se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresó en el formulario de afiliación, asimismo, insistió en que, la entidad cumplió con la normatividad vigente, pudiendo la accionante trasladarse en cualquier tiempo, toda vez que, no era una afiliada lega y que tenía a su alcance los medios para una mejor observancia de los documentos, en consecuencia, su permanencia en el RAIS, al mismo tiempo, que su conducta desinteresada contribuyeron a forjar la idea de una voluntad encaminada a continuar con los fondos privados, siendo así, el monto de la mesada pensional el motivo del

traslado al RPM. Respecto del pago de la devolución de los gastos de administración y de los seguros previsionales, recordó que tienen una destinación específica, donde los segundos, son trasladados a la compañía aseguradora con la que se contrató la cobertura, con la finalidad de proporcionar al afiliado el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte, por ello las invirtió de acuerdo a la estructura del RAIS (pág. 1 – 7; pdf. 12; 02 - *ídem*).

La apoderada de **Colpensiones** argumentó que, de acuerdo a la normatividad vigente, la demandante se encuentra inmersa en la prohibición establecida por la Ley 797 de 2003; que no logró acreditar el error como vicio de consentimiento y, como requisito para desvirtuar su buena fe; destacó que, el deber de asesoramiento comprendido en la circular 016 del 2016 de la Superintendencia Financiera no tiene efectos retroactivos para el momento del traslado, aunado a la falta de pruebas que vislumbren la imposibilidad de acceder al derecho de pensión, además, enfatizó en la dificultad de predecir el IBC de la demandante pues los ingresos económicos sufren variaciones con el tiempo, al igual que, pone de presente que por más de 20 años estuvo afiliada al RAIS sin exteriorizar alguna inconformidad, finalmente añadiendo que, recae en cabeza de la accionante el deber de informarse. (pág. 1-4; pdf. 06; *ídem*).

El apoderado de la parte **demandante** solicitó la confirmación de la decisión, de manera que, pretende la declaración de la ineficacia en razón a un consentimiento no informado, puesto que, el deber de información está en cabeza de las administradoras y deben proporcionarlo independientemente si la persona se encuentra en un régimen de transición, expectativa pensional o con derecho consolidado, en esa medida, manifiesta que, ninguna de las AFP logró demostrar que la información emitida en el momento del traslado haya sido clara, precisa y suficiente; pues la expresión “*manera libre, voluntaria e informada*” contenida en el formulario de afiliación no tiene la virtualidad de esclarecer como los fondos privados cumplieron con la obligación de asesoría en los términos del decreto- ley 663 de 1993 y la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, por consiguiente, fue defectuosa la actividad de asesoramiento desplegada por las AFP (pág. 3; pdf 10; *ídem*).

La apodera de **Protección SA** no recorrió traslado.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

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

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó el juez al declarar la ineficacia del traslado de la demandante Myriam Castañeda Rodríguez al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 25 de mayo de 1966 como se acredita con la historia laboral expedida por Skandia, toda vez que no allegó fotocopia de su cédula de ciudadanía (pág. 80 pdf; 07; 01 - C001); ii) cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el 09 de marzo de 1992, hasta el 31 de octubre de 1996 (pág. 127, pdf 07; 01-C001); iii) se trasladó al RAIS administrado por Colmena SA hoy Protección SA mediante la suscripción del formulario de afiliación el 21 de octubre de 1996 (pág. 60; pdf 10; 01-C001); con afiliación efectiva desde el 01 de diciembre de 1996 hasta el 31 de diciembre de 1998 como consta en el formato SIAF (pág. 58; pdf 10; 01-C001), y luego migró dentro del RAIS a la AFP Porvenir SA mediante suscripción del formulario de afiliación en fecha 01 de enero de 1999 hasta 30 de junio de 2019 (pág. 29 y 30; pdf. 09; 01 - C001), finalmente, migró a la AFP Skandia SA, administradora en la que actualmente se encuentra afiliado con un total de 1,499.57 semanas conforme la historia laboral aportada (pág. 82 - 99; pdf. 12; 01-C001).

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural

o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley, de acuerdo con la cual, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado esté precedida del cumplimiento de ese mandato, tal como lo dispone el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

(...)la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019).

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia)

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que la afiliada expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando la administradora incumplió la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993.

De este modo, como la afiliada adujo la falta de información o la mala entrega de esta por parte de la AFP, la administradora tiene sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*» (artículo 1604 CC), en ese orden, Protección SA; Porvenir SA y, AFP Skandía SA son quienes debían probar en contrario, es decir, que sí proporcionaron la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado. Debido a que son éstas las que cuentan con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, es decir, era quienes debían probar respectivamente en el proceso que se brindó una asesoría personalizada y completa a la demandante al momento de su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado del afiliado. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que la afiliada hubiese suscrito el formulario de vinculación o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no liberan a las AFP de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

El argumento referente a que se impone una obligación inexistente al momento de la vinculación no es acertado por cuanto desde la creación de las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

Dentro de sus deberes estaba informar, por ejemplo, de las diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 93, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle a la afiliado **con detalle**, las ventajas y desventajas de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria.

Luego hay que insistir en que, la labor del funcionario del fondo privado de pensiones en el momento previo a hacer efectivo el traslado de régimen, debe trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -art. 10

D.720/94- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Protección SA; Porvenir SA y, AFP Skandia SA afirmaron al contestar la demanda que a la demandante le brindaron la asesoría requerida suficiente para el caso (archivos 07 y 09), y en sus alegatos destacaron que la demandante conocía ambos regímenes, la Sala no encuentra demostración de que rebata la negación indefinida de la actora de que no la recibió. Observándose que la demandante no confesó ni aceptó que conocía el régimen, por el contrario, dijo que no sabía efectivamente todas las características de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado pues llegó a conocerlas tardíamente con la consultoría brindada por su apoderado, en lugar de recibirla por los asesores de los fondos privados.

La Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que la demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

La declaratoria de ineficacia implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado *«bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

Reflexiona la Corporación que al declararse la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS, **todos aquellos actos jurídicos que se celebraron con posterioridad a la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo que Protección SA; Porvenir SA y, AFP Skandia SA trasladen a Colpensiones no solo el saldo de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, sino también, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión

mínima, debidamente indexados, **sin que la AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización**, como lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P. Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

Y no comparte la Sala los argumentos expuestos por la apoderada judicial de Skandia SA relativos a la no devolución de las cuotas de administración, por cuanto si bien del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 se desprende que los mismos están previstos tanto para el RPM como para el RAIS, y en los artículos 60 y 104 de la referida ley se establece su pago a cargo de los afiliados, lo cierto es que ante la declaratoria de la Ineficacia del traslado de régimen pensional, al volver las cosas al estado en el que se encontraban antes de la misma, estos no se pueden generar en favor de la Administradora del Fondo privado de pensiones demandada.

Ahora bien, se observa que la sentencia de primer grado no impartió la orden de indexación de los valores a restituir por parte de los fondos privados, siendo postura reiterada de la corte y de esta Sala que hay lugar a la indexación de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, ceñida a los parámetros establecidos recientemente por nuestro órgano de cierre, en sentencias SL 359-2021 y especialmente la SL 950 de 2022, en las que se señala:

... Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Sobre los reparos de Skandia SA que no hay lugar a la devolución del seguro previsional de invalidez y muerte porque se devolvieron a la aseguradora, aun cuando las AFP suscriban un contrato de seguro para amparar los riesgos de

invalidez y muerte; éste acto es independiente de la cuenta de ahorro del afiliado quien dicho sea de paso, no tiene la potestad de escoger para su beneficio una u otra aseguradora, sino que de acuerdo con la naturaleza jurídica del aseguramiento en el RAIS se pacta para que en caso de que el capital del afiliado no alcance a financiar el monto de la pensión que se cause por las contingencias de invalidez o muerte, pueda ser cubierto; pero la misma norma indica que los montos que se acumulen no harán parte del capital para financiar pensiones salvo que así lo disponga el afiliado.

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

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

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

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

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

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

Lo cual se ratifica en los artículos 70 y 76 del estatuto pensional, al contemplar como una de las fuentes financieras para honrar el pago de las pensiones de invalidez y sobrevivientes, la suma adicional necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión, la cual está a cargo del asegurador, cuya contratación es

obligación de la administradora pensional y, así lo ha reconocido esta Sala como se evidencia en la sentencia CSJ SL4248-2021, así:

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

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

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

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

Por consiguiente, se confirmará la devolución de todos los conceptos ordenados en primera instancia, y adicionará en virtud del grado jurisdiccional de consulta, la orden de primer grado, para precisar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Porvenir SA, Skandia SA, y Protección SA, deberán hacerse con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida, y entregando la historia laboral de la afiliada con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, “...*junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen* ...”.

2.6. PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la

imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

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

Costas de segunda instancia a cargo de Skandia SA y en favor de la demandante por no prosperar el recurso de apelación, Sin condena en costas a cargo de Colpensiones, en razón de haber prosperado parcialmente el recurso. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 pesos, a cargo de Skandia SA en favor de la demandante.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

PRIMERO: ADICIONAR al numeral segundo y tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 09 de febrero de 2023 dentro del proceso promovido por Myriam Castañeda Rodríguez contra las AFP Protección SA, Porvenir SA, Skandia SA y Colpensiones, en cuanto a que **Skandia SA; Protección SA y Porvenir SA** deberán trasladar a **Colpensiones** los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados; así mismo que las órdenes deben cumplirse en el plazo de -30 días- junto con el traslado de la historia laboral del señor Juan Carlos Cuervo Alonso con la información discriminada y detallada por

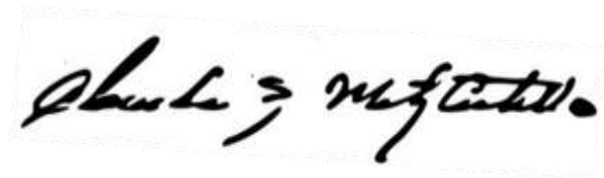
cada período cotizado, especificando cada valor, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

TERCERO: Costas de segunda instancia a cargo de Skandia SA y en favor de la demandante por no prosperar el recurso de apelación. Sin condena en costas a Colpensiones en razón de haber prosperado parcialmente el recurso. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 pesos para Skandia SA y en favor de la demandante.

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

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



DEMANDANTE:	Ricardo Enrique Munar León
DEMANDADA:	Colpensiones, Porvenir SA
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Revoca y confirma.
RADICADO Y LINK:	11001310503820220022701 11001310503820220022701

En Bogotá DC, a los veintidós (22) días de marzo de dos mil veinticuatro (2024), la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados** Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, **y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver los recursos de apelación interpuestos por Porvenir SA y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de ésta última, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario adelantado por el señor **Ricardo Enrique Munar León** en contra de **Porvenir SA y Colpensiones**.

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

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

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

reciba los aportes y actualice la historia laboral; costas y agencias en derecho; ultra y extra petita (págs. 83-84, pdf. 1, C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que el 24 de agosto de 1993 se afilió al ISS hoy Colpensiones; y luego se vinculó al RAIS el 28 de septiembre de 1999 con la AFP Porvenir SA, donde se encuentra con afiliación activa. Pero que, la decisión del traslado al RAIS fue informada, autónoma y consciente, por cuanto en ningún momento la AFP le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional, ni lo asesoraron respecto de la posibilidad de retorno al RPM; que Porvenir SA le negó la solicitud de invalidación del traslado al RPMPD; que agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones resuelta de forma desfavorable (pág. 84-86, idem).

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Colpensiones SA, al contestar admitió los hechos que hablan del período que estuvo afiliado el actor al ISS, el total de semanas cotizadas, el agotamiento de la reclamación administrativa respecto de la invalidación o ineficacia del traslado, y la decisión desfavorable que emitieron, así como de la solicitud de proyección y/o simulación pensional; y de los demás dijo no constarle. Para derruir las pretensiones formuló las excepciones perentorias que denominó: aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y la innominada o genérica (pág. 2-25, pdf. 08, idem).

Porvenir SA al contestar admitió los hechos que relatan la afiliación a Porvenir, y aclaró que cobró efectividad el 28 de septiembre de 1999, que su afiliación se encuentra activa y, la densidad de semanas que tiene cotizadas, y de la petición que elevó solicitando la invalidación de la afiliación y la respuesta negativa que emitieron; y los demás los negó y manifestó que consta de los mismos. Presentó oposición a las pretensiones de la demanda, y formuló como excepciones de fondo 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 (pág. 1-35, pdf. 9, idem).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 25 de abril de 2023, dispuso:

PRIMERA: DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por el señor RICARDO ENRIQUE MUNAR LEÓN con destino a la AFP PORVENIR S.A, con ocasión de la suscripción del formulario de afiliación el 28 de septiembre de 1999. Lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y a las AFP PORVENIR S.A, que conjunta y coordinadamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar con destino al Régimen de Prima Media con Presión Definida administrado por COLPENSIONES, al demandante, así como los recursos sufragados con destino al RAIS por cuenta de este, durante el tiempo en que permaneció irregularmente vinculado a este régimen, debiendo transferirse los respectivos recursos debidamente indexados, tomando para el efecto el IPC, que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula:

$$\frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}} \times \text{VALOR HISTORICO} = \text{VALOR INDEXADO}$$

(Valor mensual recibido por el rais)

Así deberá tomarse como índice inicial el del mes en que se verifico el pago o el aporte correspondiente de manera integral, y como índice final el del momento que se efectuó el traslado de los recursos con destino al Régimen de Prima Media con Presión Definida. Siendo pertinente señalar que las accionadas contarán con un término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, para finiquitar este procedimiento, resaltando que el pago correspondiente, se podrá hacer tomando para el efecto el importe de sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante y en caso de ser insuficientes, se pagaran con los recursos propios con de la A.F.P. PORVENIR S.A., en proporción al tiempo al que estuvo afiliado el demandante a esta administradora, sin lugar de descuento alguno. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

Cabe anotar que de subsistir saldos en la cuenta de ahorro luego de estos procedimientos, los cuales deberán ser girados con destino al fondo de solidaridad pensional, pues los mismos son producto de la administración de dineros del sistema general de pensiones, que solo pueden destinarse a este.

TERCERO: Dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas, frente a las determinaciones adoptadas.

CUARTO: COSTAS. Lo serán a cargo de la demandada AFP PORVENIR S.A. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1'000.000, en favor de la demandante.

QUINTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR”.

En acatamiento de la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la CSJ, plasmado en la SL 2929 de 2022, consideró en primera media que en el acto de traslado del demandante no hubo vivió del consentimiento, fuerza o dolo, o error de

hecho; sin embargo, si faltó la AFP al deber de información objetiva, comparada y transparente sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes vigentes y las consecuencias jurídicas del traslado. Por lo que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional surtido por el demandante, en la medida en que la AFP que efectuó el traslado que trajo consigo el cambio de régimen pensional, no probó haberle suministrado información relevante, veraz y completa, al momento de su afiliación al RAIS, en razón de que los formularios de afiliación por sí solos no constituyen prueba suficiente para tener por demostrado que la información fue veraz, completa objetiva y comparada, ni ninguna otra prueba documental que acredite la debida información; ni de sus dichos se pueda deducir que recibió una información con la calidad que exige el precedente de la SCL.

Se abstuvo a ordenar la devolución de las cuotas de administración, seguros previsionales o de cualquier otra índole, porque como lo tiene sentado la jurisprudencia en materia de ineficacias, acarrea retornar las cosas a su estado primigenio, es decir que, nunca medió esa afiliación; y que señaló como ajenos a la declaratoria de ineficacia.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones manifestó que el demandante y no puede alegar vicios en su consentimiento, cuando tiene la obligación de informarse por sus propios medios en qué consistía el traslado de régimen, y no formuló duda o inquietud mientras estuvo afiliado en el RAIS; por lo que solicitó la revocatoria del fallo y se absuelva de las condenas impuestas.

Porvenir, señaló que el traslado de régimen pensional se realizó de manera libre y voluntaria como consta en el formulario de afiliación, para esa data, la sola ilustración verbal perfeccionaba el traslado de régimen y para esa fecha no había otra exigencia para cumplir con el deber de información; que no hay lugar a ordenar la devolución de los gastos de administración o cualquier tipo de comisión, o seguro previsional, porque ya esos dineros fueron debidamente invertidos a cubrir los gastos de la cuenta del afiliado, y ya no se encuentran en su poder; y que tampoco procede la indexación de los conceptos a devolver a Colpensiones, porque ello generaría una doble condena por el mismo concepto; y que se les absuelva de la condena en costas, porque su actuar se encuentra revestido por la buena fe.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado de **Porvenir SA** insistió en los argumentos que sustentó en primera instancia, solicitando la revocatoria del fallo de primera instancia para que se le absuelva de todas las pretensiones y condenas impuestas en su contra (pdf 006, C002).

El apoderado de **Colpensiones** reiteró los argumentos expuestos en la sustentación del recurso en la primera instancia para que se revoque la sentencia (pdf. 009, idem).

El apoderado del demandante solicitó la confirmación de la sentencia en torno a la declaratoria de ineficacia y las consecuencias de esta, en aplicación del precedente jurisprudencial; reiterando los fundamentos de la demanda (pdf. 011, idem).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

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

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó el juez al declarar la ineficacia del traslado del demandante Ricardo Enrique Munar León al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 15 de marzo de 1960 (pág. 10, pdf. 01, C001); ii) cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el 24 de agosto de 1993, hasta el 30 de septiembre de 1999 como lo acredita el reporte de semanas cotizadas allegado por Colpensiones (pág. 49-54, pdf. 01, idem); iii) se trasladó al RAIS administrado por Porvenir SA mediante la suscripción del formulario de afiliación de la fecha 28 de septiembre de 1999 (pág. 38, pdf. 01, idem), iv) con afiliación activa desde el mes de noviembre de 1999 según certificación de Porvenir SA

y el certificado del SIAFP (pág. 90 y 92, pdf. 09, ídem), iv) agotamiento de la reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando la declaratoria de ineficacia de su afiliación (pág. 61-69, pdf. 01, ídem).

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley, de acuerdo con la cual, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado debe estar precedida del cumplimiento de ese mandato, tal como lo dispone el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019)".

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021

MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que el afiliado expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando ambas administradoras incumplieron la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993, vigentes a la fecha del traslado y de la migración entre el RAIS.

De este modo, como el afiliado adujo la falta de información o la mala entrega de esta por parte de las AFP a la que estuvo afiliada y a la que se encontraba vinculada a la fecha de la demanda, éstas tienen sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*» (artículo 1604 CC), en ese orden, le correspondía a Porvenir SA, probar en contrario, que sí proporcionaron la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado, porque cuentan con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, es decir, debían arrojar elementos de convicción al interior del proceso que, se brindó una asesoría personalizada y completa a el demandante al momento de su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, en razón de que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, por cuanto las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado del afiliado. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que el afiliado hubiese suscrito el formulario de vinculación de cada AFP o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no las libera de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

En cuanto los ataques de **Colpensiones** referente a que se impone una obligación inexistente al momento de la vinculación no es acertado por cuanto desde la creación de las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

Entre los deberes de las AFP estaba informar, por ejemplo, de las diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 93, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y, las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin,

mostrarle al afiliado **con detalle**, las ventajas y desventajas de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria. Labor que debe trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -Decreto 729 de 1994, artículo 10- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Porvenir SA, insistió en su defensa que al demandante le brindaron la asesoría requerida suficiente para el caso, y destacaron que conocía ambos regímenes y tenía a su vez el deber de informarse, derrotero que también fue sustentado por Colpensiones, la Sala no encuentra demostración que rebata la negación indefinida del actor de que no la recibió. Observándose que éste en su interrogatorio manifestó cuando recibió la visita del asesor en su trabajo, solo le informaron que el monto de la pensión iba a ser mejor, pero que no le suministraron información respecto de los rendimientos financieros, en que consistía la cuenta de ahorro individual a su nombre, y que la información que le enviaban a su correo era bastante densa y no la comprende; y menos se puede concluir que confesó o aceptó que sí tenía conocimientos de cómo operaba el RAIS, por el contrario, solo permitió evidenciar un conocimiento vago o superfluo, mas no que conociera todas las características de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias que implicaba su traslado.

Bajo tales premisas, la Sala concluye que la AFP demandada incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que el demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

Bajo esa tesitura, la declaración de ineficacia de traslado implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado «*bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida*» (CSJ SL1689-2017).

En el grado de consulta en que se revisa esta decisión, se advierte que conforme a las consecuencias de la ineficacia de traslado trazadas por la línea jurisprudencial trazada, reiterada y ampliada por nuestro máximo órgano de cierre, y como lo ha reflexionado esta Sala, **todos aquellos actos jurídicos que se celebraron con posterioridad a la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo, que el fondo traslade a Colpensiones no solo el saldo de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, sino también, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, **sin que la AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización**, como se ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P Gerardo Botero Zuluaga.

En armonía con el precedente jurisprudencial antecitado, no son de recibo los argumentos del *a quo* para ordenar únicamente la devolución de los aportes con sus rendimientos indexados, por cuanto el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 se desprende que los mismos están previstos tanto para el RPM como para el RAIS, y en los artículos 60 y 104 de la referida ley se establece su pago a cargo de los afiliados, por ende, ante la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional, al volver las cosas al estado en el que se encontraban antes de la misma, estos no se pueden generar en favor de la Administradoras del Fondo Privado de pensiones demandada, y menos devolverse al empleador cuando estos conceptos son los que permitirán financiar y no menoscabar el principio de sostenibilidad financiera que cobija a Colpensiones por ser un tercero de buena fe, en consecuencia es a este fondo a quien debe trasladarse todos los aportes.

Por consiguiente, se revocará parcialmente el numeral segundo de la sentencia objeto de alzada, para ordenar a la AFP Porvenir, devolver a Colpensiones los aportes del demandante junto con sus rendimientos, así como los gastos de administración, seguro previsional y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, en consonancia con los porcentajes de distribución estipulados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, como se

precisó en reciente jurisprudencia SL2048-2023, en virtud de los efectos *ex tunc* de esta sentencia, y así se adocrinó:

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

Como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), la situación se retrotrae al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás. En esa medida, esta declaración obliga a los Fondos privados de pensiones a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, las comisiones, los gastos de administración y los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019 y CSJ SL2877-2020).

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

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

Los únicos conceptos a indexar son los gastos de administración, seguro previsional y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, disposición que encuentra su asiento en que, por disposición legal, los aportes pensionales deben generar una rentabilidad mínima, con la cual compensar la pérdida del poder adquisitivo, siendo éste el argumento que sustenta la devolución de las cotizaciones con sus rendimientos causados; a diferencia de lo que ocurre con los restantes conceptos –gastos de administración - sumas destinadas al seguro previsional – aptes al dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima-, que para el momento en que opere su devolución al RPMPD ya han sido afectados por el fenómeno de la depreciación, por ello la necesidad de ordenar su indexación, a fin de traerlos a valor presente; conforme a los parámetros establecidos por nuestro órgano de cierre, en sentencias SL 359-2021 y especialmente la SL 950 de 2022, así:

... Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

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

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

Sin embargo, conviene aclarar que la actualización de los aportes solo opera si la AFP respectiva no pone a disposición de Colpensiones los conceptos ordenados en el plazo otorgado.

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

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

Así mismo, se adicionar precisa que todas las obligaciones de traslado impuestas a Porvenir SA, deberán hacerse con el suministro de la historia laboral del afiliado con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, *“...junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen ...”*.

2.6. PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

2.7. COSTAS DEL PROCESO

2.8. COSTAS PROCESALES.

Con relación al punto de impugnación relativo a la imposición de las costas, las impuestas a cargo de **Porvenir SA**, al respecto el artículo 365 del CGP indica que se trata de una condena objetiva que opera por el solo hecho de resultar la parte vencida en el proceso o en el recurso; por lo que al haber prosperado las pretensiones de la demanda, declarándose la ineficacia del traslado de régimen, resultando la demandada Porvenir S.A. vencida en el Proceso, sí hay lugar a imponer tal condena a su cargo, y a favor de la parte activa (Ver al respecto CSJ SCL, Rad 40993 del 22 de enero de 2013, M. P. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO), por lo que se confirmara este punto.

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

Costas de segunda instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones, en favor de la demandante, por resultar vencidas en el recurso, las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 a cargo de Porvenir SA y Colpensiones respectivamente, y en favor del demandante.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 25 de abril de 2023 dentro del proceso promovido por **Ricardo Enrique Munar León** contra Porvenir SA y Colpensiones; para en su lugar ordenar:

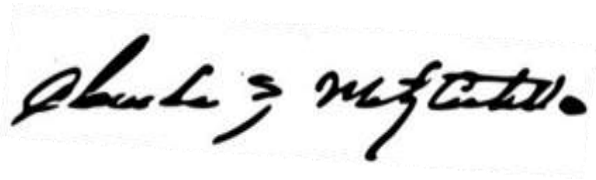
SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y a las AFP PORVENIR SA que conjuntamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar al demandante con destino al RPMPD administrado por COLPENSIONES los recursos percibidos por cuenta del demandante en el RAIS, durante el tiempo en que este permaneció vinculado irregularmente a este régimen, debiendo transferirse los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración, seguros previsionales, y fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados; y cumplir la orden de traslado en los 30 días siguientes a la sentencia, acompañado de la historia laboral del afiliado con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, del valor, los ciclos, IBC, aportes y demás datos relevantes, según las consideraciones de esta sentencia. Cabe anotar que, de subsistir saldos tras estas operaciones en la cuenta de ahorro individual del demandante, se girarán al Fondo de Solidaridad Pensional, al hacer parte de estos recursos al Sistema General de Pensiones, que solo pueden destinarse a este.

SEGUNDO: Confirmar la sentencia en lo demás.

TERCERO: Costas cargo de Porvenir SA y Colpensiones, en favor de la demandante, por resultar vencidas en el recurso, las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 a cargo de Porvenir SA y Colpensiones respectivamente, y en favor del demandante.

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

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



DEMANDANTE:	Alexandra Cecilia Rodríguez García
DEMANDADA:	Colpensiones y Skandia SA
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Adiciona y confirma
RADICADO Y LINK:	11001310503920200047401 11001310503920200047401

En Bogotá DC, a los veintidós (22) días de marzo de dos mil veinticuatro (2024), la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver los recursos de apelación interpuestos por Skandia SA y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de ésta última, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario adelantado por la señora **Alexandra Cecilia Rodríguez García** en contra de **Skandia SA y Colpensiones**.

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

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende la demandante se declare la ineficacia de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por Skandia SA, se ordene su traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPMPD- hoy administrado por Colpensiones; así como que se ordene el

retorno a esta administradora y su afiliación sin solución de continuidad. En consecuencia, se ordene a Skandia SA trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos, y a Colpensiones a recibir los aportes de su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros, valor del bono de pensiones (págs. 6-7, pdf. 01, C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que, nació el 1 de diciembre de 1996; el 15 de agosto de 1989, se afilió al RPMPD hoy administrado por Colpensiones; posteriormente, el 30 de noviembre de 2004 se vinculó al RAIS con la AFP Skandia SA. Pero que, la decisión inicial del traslado no fue informada, autónoma y consciente, por cuanto en ningún momento la AFP le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional; que la reclamación administrativa ante Colpensiones quedó agotada de forma negativa (pág. 5-6, idem).

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Skandia SA presentó oposición a las pretensiones de la demanda; admitió el hecho que habla de la suscripción de la solicitud de vinculación a ese fondo, la respuesta que emitieron a los requerimientos de la actora; de los demás hechos se pronunció diciendo que no son ciertos o que no le constan. Formuló como excepciones de fondo las que denominó: la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe, y la genérica (pág. 2-20, pdf. 09, ídem).

Colpensiones aceptó los hechos referentes a la edad de la demandante, su afiliación al ISS antes del traslado al RAIS, el agotamiento de la reclamación

administrativa de forma desfavorable; de los demás hechos dijo no que constaba de ellos. Formuló como previa la excepción de falta de competencia, y de mérito las de: errónea e indebida aplicación del artículo 1.604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica (pág. 3-43, pdf. 10, idem).

Las demandadas contestaron la reforma de la demanda, Colpensiones (pdf. 17, idem).

Posteriormente la demandante reformó la demanda, en lo referente a los hechos y las pruebas, admitida por el auto del 8 de marzo de 2022 (pdf. 14, idem).

Por su parte Skandia SA a subsanar la contestación de la reforma de la demanda, formuló llamamiento en garantía a Mapfre Colombia Vida Seguros SA, en razón del contrato de seguro previsional destinado a amparar los riesgos de invalidez, y muerte de los afiliados a su fondo, suscrito con esa aseguradora (pdf. 18, idem).

En audiencia del 13 de abril de 2023, el despacho declaró no probada la excepción previa propuesta por Colpensiones; decisión que fue recurrida en reposición y en subsidio apelación por la apoderada de Skandia SA, y por Mapfre, siendo rechazados por improcedente el recurso de apelación y por extemporáneo el de apelación.

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 13 de abril de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo el señor ALEXANDRA CECILIA RODRÍGUEZ GARCÍA del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de SKANDIA S.A y cuya efectividad comenzó a partir 01 de enero de 2005 es ineficaz y, por ende, no produjo efecto alguno, situación que también se debe predicar de todas las afiliaciones que se realizaron al interior del RAIS.

SEGUNDO: CONDENAR a SKANDIA S.A. a que transfiera a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que obran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto el bono pensional, de haberse redimido, así como los gatos de administración o comisiones por administración, las primas de los seguros

previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al Fondo de garantía de Pensión Mínima, estos últimos emolumentos debidamente indexados al momento del pago.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros que los que habla el numeral anterior y reactive la afiliación de la demandante sin solución de continuidad.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones presentadas por las demandadas.

QUINTO: INFORMAR 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 SKANDIA S.A.

SEXTO: DENEGAR el llamamiento en garantía que SKANDIA S.A realizó a MAPFRE y, por ende, absolverla de todo concepto.

SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS a SKANDIA S.A. a favor del DEMANDANTE y MAPFRE, dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$2.320.000 para cada una de estas partes.

OCTAVO: ORDENAR el grado jurisdiccional de consulta la presente sentencia por resultar órdenes a cargo de COLPENSIONES.

Conforme a la línea jurisprudencial trazada por la Corte Constitucional y la Sala de Casación Laboral de la CSJ, consideró que lo procedente era declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional surtido por la demandante, en la medida en que la AFP demandada no probó haberle suministrado la asesoría suficiente y entregado información completa, clara y comprensible que le permitiera tener claridad sobre la trascendencia de la decisión de traslado al RAIS, en razón de que los formularios de afiliación por sí solos no constituyen prueba suficiente para tener por demostrado que la información fue veraz; sino que solo fue reasesorada en el año 2005, con posterioridad a su afiliación. De conformidad con las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, con la devolución de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se salvaguarda la sostenibilidad financiera del sistema.

Negó el llamamiento en garantía, porque en el caso bajo estudio no se está haciendo valer las pólizas que se suscribieron, ni se está reclamando la pensión de vejez o de sobreviviente, y que, de conformidad con el precedente la llamada a responder con su propio pecunio de todas las mermas del capital ahorrado, por no haber cumplido con el deber de información; y que Mapfre es una tercera de buena fe, que no intervino en el acto de traslado.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Skandia, expresó su inconformidad parcial con la decisión, señalando que no hay lugar a la indexación ordenada, porque la norma solo lo ordena sobre los aportes y no sobre los gastos de administración, seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, sumado a que no fue deprecado por la actora, y que opera la compensación ante la condena impuesta de devolver los rendimientos de los aportes; que no son los obligados a devolver los seguros previsionales ante la existencia del contrato de seguros previsional que existe entre ese fondo y Mapfre, es esta aseguradora quien debe devolver ese concepto porque ya no se encuentran en su poder, dado los efectos de la sentencia. Y que se declare la prescripción de las primas de seguros previsionales.

Colpensiones manifestó en la sustentación del recurso, que la actora no cumple con los requisitos de ley y jurisprudencial para retornar al RPMPD, y no manifestó ejerció su derecho de retracto, y por ello solicitó la revocatoria de la sentencia.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

La apoderada de **Colpensiones** reiteró los fundamentos del recurso; no se acreditaron los vicios del consentimiento en la decisión de traslado, que el deber de información solo se materializó con la expedición e la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015; en caso de no prosperar sus ataques, que se condicione la el cumplimiento de la sentencia en cuando a las condenas impuestas a dicho ente, previa la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la CAI del demandante por la AFP, con la debida indexación y con la actualización de los datos de la demandante. Y que no sea condenada en costas, por cuanto actuó como un tercero de buena fe (pdf. 002, C002).

La apoderada de **Mapfre**, solicitó la confirmación de la sentencia que denegó el llamamiento en garantía que le hiciera Skandia SA (pdf. 011, idem).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

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

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó el juez al declarar la ineficacia del traslado de la demandante Alexandra Cecilia Rodríguez García al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 1 de diciembre de 1966 (pág. 40, pdf. 11, C01); ii) cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el mes de agosto de 1989, hasta el mes de enero de 2005 como lo acredita la historia laboral consolidada de Skandia (pág. 36-39, pdf. 09, ídem); iii) se trasladó al RAIS administrado por Skandia SA mediante la suscripción del formulario de afiliación de la fecha 30 de noviembre de 2004, con afiliación activa desde el 1 de enero de 2005 (pág. 41, pdf. 11-12, *ídem*), y como se corrobora con el certificado del SIAFP allegado por Skandia SA (pág. 64, ídem); iv) que registra cotizaciones hasta el mes de julio de 2020, según la historia laboral que anexó dicho fondo (pág. 42-51-121, ídem); v) agotamiento de la reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando la aceptación del traslado y retorno a dicha administradora (pág. 57-58, pdf. 11, ídem).

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley, de acuerdo con la cual, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado debe estar precedida del cumplimiento de ese mandato, tal como lo dispone el artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019)".

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que el afiliado expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando la administradora del fondo privado incumplió la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993, vigentes a la fecha del traslado y de la migración entre el RAIS.

De este modo, como la afiliada adujo la falta de información o la mala entrega de esta por parte de las AFP a las que estuvo afiliada y a la que se encontraba

vinculada a la fecha de la demanda, éstas tienen sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*» (artículo 1604 CC), en ese orden, Skandia SA era quien debía probar en contrario, que sí proporcionó la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado, porque cuenta con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, es decir, era quien debía arrojar elementos de convicción al interior del proceso que, se brindó una asesoría personalizada y completa a la demandante al momento de su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, en razón de que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, por cuanto las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado del afiliado. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que la afiliada hubiese suscrito el formulario de vinculación a la AFP o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que «la

afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no las libera de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

Desde su creación, las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

Dentro de sus deberes estaba, informar de las diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 93, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y, las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle al afiliado **con detalle**, las ventajas y desventajas de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria.

Labor que debe trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral de nuestro máximo órgano de cierre, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -Decreto 729 de 1994, artículo 10- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Skandia SA, insistió en su defensa que a la demandante le brindaron la asesoría requerida suficiente para el caso, así como Colpensiones, antes que insistieron en destacar el deber de la actora de estar informada respecto de la decisión que iba a tomar como o era cambiar de régimen pensional, la Sala no encuentra demostración que rebata la negación indefinida de la actora de que no la recibió. Observándose que la demandante en su interrogatorio manifestó que el asesor no le explicó que era una cuenta de ahorro individual, ni las modalidades por las cuales se podía pensionar en el RAIS, ni que el monto de la pensión dependería de los aportes que efectuara a lo largo del tiempo. Es decir, que no le explicaron de manera concienzuda las características del régimen, y menos que hubiera confesado o aceptado que tenía un conocimiento claro del mismo, por el contrario, solo permitió evidenciar un conocimiento vago o somero, mas no que conociera todas las características de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias que implicaba su traslado.

Bajo tales premisas, la Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que la demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

Bajo esa tesitura, la declaración de ineficacia de traslado implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado *«bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

La consecuencia jurídica es que **todos aquellos actos jurídicos que se celebraron con posterioridad a la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo que **Skandia SA** traslade a Colpensiones no solo las cotizaciones con los rendimientos financieros, como lo ordenó la *a quo* sino que también están compelidos a devolver, los porcentajes destinados a gastos

de administración, primas de seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, **sin que ninguna de las AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización**, como lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P. Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

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

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

... Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

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

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

Por consiguiente, se confirmará la orden a la AFP de devolver a Colpensiones los aportes de la demandante junto con sus rendimientos, para determinar que se a su vez deberá trasladar los gastos de administración, seguro previsional y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, en consonancia con los porcentajes de distribución estipulados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, como se precisó en reciente jurisprudencia SL2048-2023, siendo estos **tres conceptos** los únicos sobre los cuales se dispuso la **indexación**.

Distinción que encuentra su asiento en que, por disposición legal, los aportes pensionales deben generar una rentabilidad mínima, con la cual compensar la pérdida del poder adquisitivo, siendo éste el argumento que sustenta la devolución de las cotizaciones con sus rendimientos causados; a diferencia de lo que ocurre con los restantes conceptos –gastos de administración - sumas destinadas al seguro previsional - montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima-, que para el momento en que opere su devolución al RPMPD ya han sido afectados por el fenómeno de la depreciación, por ello la necesidad de ordenar su indexación, a fin de traerlos a valor presente.

Sin embargo, conviene aclarar que la actualización de los aportes solo opera si la AFP respectiva no pone a disposición de Colpensiones los conceptos ordenados en el plazo otorgado.

Ahora, en torno a los reparos de Skandia SA que **no hay lugar a la devolución del seguro previsional de invalidez y muerte porque fueron devueltos a la aseguradora**, aun cuando las AFP suscriban un contrato de seguro para amparar los riesgos de invalidez y muerte; éste acto es independiente de la cuenta de ahorro del afiliado, quien dicho sea de paso, no tiene la potestad de escoger para su beneficio una u otra aseguradora, sino que de acuerdo con la naturaleza jurídica del aseguramiento en el RAIS se pacta para que en caso de que el capital del afiliado

no alcance a financiar el monto de la pensión que se cause por las contingencias de invalidez o muerte, pueda ser cubierto; pero la misma norma indica que los montos que se acumulen no harán parte del capital para financiar pensiones salvo que así lo disponga el afiliado.

En este caso, la declaratoria de ineficacia es producto del incumplimiento por parte de las AFP de su deber legal de dar al afiliado información; obligación de la administradora de pensiones y no de la aseguradora con quien contrató la protección del seguro previsional de invalidez y sobrevivencia; y las consecuencias derivadas de la misma solo pueden afectar directamente a quien la ocasionó. En suma, es la AFP, quien debe devolver las sumas que hagan parte de ese régimen y conceptos que correspondan de la cuenta de ahorro individual de afiliado, dentro de los cuales se encuentra la prima de seguro previsional por los riesgos de invalidez y muerte, cuyo seguro solo se activa cuando se cause la pensión de invalidez o de sobreviviente, y su capital no alcance para financiar su pensión; de acuerdo a la normatividad estipulada en los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, prevista para ambos regímenes.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así mismo, en el grado jurisdiccional de consulta que se revisa la sentencia, se adicionará el numeral tercero, para ordenar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Skandia SA, deberán hacerse dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida, con el suministro de la historia laboral con información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-.

2.6. PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la

imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

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

Costas de segunda instancia a cargo de Skandia SA y en favor de la demandante, por haber sido vencida en la alzada. En esta instancia no se impondrán costas a Colpensiones, por haber prosperado parcialmente el recurso. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 a cargo de Skandia SA y en favor de la demandante.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 13 de abril de 2023 dentro del proceso promovido por **Alexandra Cecilia Rodríguez García** contra la AFP Skandia SA y Colpensiones; en el sentido de condenar a Skandia SA a devolver los conceptos ordenados en primera instancia, debidamente indexados; dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida, que deberá hacerse con el suministro de la historia laboral con la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-.

SEGUNDO: Confirmar la sentencia en lo demás.

TERCERO: Costas a cargo de Skandia SA y en favor de la demandante, por haber sido vencida en la alzada. En esta instancia no se impondrán costas a Colpensiones, por haber prosperado parcialmente el recurso. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 a cargo de Skandia SA y en favor de la demandante.

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

Los magistrados

CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada Ponente

LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'R. Albeiro', written over a light blue grid background.

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado

Link expediente digitalizado:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EtKJ2ALM05IBI6G2Jvjo2M4BZuZGco8Hq5OFigQNuEk-gg?e=bozpwH



DEMANDANTE:	Doris Edilia Sosa Isaza
DEMANDADA:	Colpensiones y Colfondos
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Adiciona y confirma
RADICADO Y LINK:	11001310500420210040601 11001310500420210040601

En Bogotá DC, a los veintidós (22) días de marzo de dos mil veinticuatro (2024), la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de ésta última, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario adelantado por la señora **Doris Edilia Sosa Isaza** en contra de **Colfondos y Colpensiones**.

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

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende la demandante se declare la nulidad y/o ineficacia de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS-; se ordene su traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPMPD; así como que se ordene el retorno a Colpensiones y su afiliación sin solución de

continuidad. En consecuencia, se ordene a los AFP Colfondos SA y Protección SA trasladar a Colpensiones la totalidad de las sumas de dinero que se encuentren en su cuenta de ahorro individual como, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios, costos de administración y rendimientos devengados y, a Colpensiones a recibirlos; costas y agencias en derecho (pág. 2, pdf. 01, C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que, tiene 54 años; su afiliación inicial al sistema general de seguridad social en pensiones lo fue al RPMPD a través del extinto ISS hoy Colpensiones en agosto de 1988; en el mes de junio de 1999, se trasladó al RAIS a través del fondo privado Protección SA, y luego el 10 de febrero de 2009 realizó un traslado horizontal a Protección SA. Pero que la decisión inicial del traslado no fue informada, autónoma y consciente, por cuanto en ningún momento el fondo privado le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional; que agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando la el traslado de régimen, resuelta de forma desfavorable (pág. 2-3, idem).

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Colpensiones en su contestación, admitió los hechos referentes a la fecha de nacimiento, la afiliación al ISS y el agotamiento de la reclamación administrativa de forma desfavorable; de los demás hechos dijo no constarle. Se opuso a las pretensiones, y para derruirlas formuló las excepciones de mérito que denominó: inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos,

inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicabilidad de la sentencia sl 373 de 2021, y la innominada o genérica. (pág. 25-56, pdf. 07, idem).

Colfondos no se opuso ni se allanó a las pretensiones de la demanda; solo admitió los hechos que hablan de la afiliación a Colfondos, que la afiliación a ese fondo se encuentra activa, la respuesta que emitieron a la petición de estudio grafológico; los demás los negó o manifestó no constarles. Formuló como excepciones de mérito las de: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica (pág. 4-8, pdf. 05, ídem).

Protección, al contestar se opuso a las pretensiones de la demanda; admitió los hechos que hablan de la fecha de nacimiento de la actora, de los demás dijo no constarle o no ser ciertos. Como excepciones de mérito formuló las de Inexistencia de la Obligación y falta de causa para pedir, Buena Fe, Prescripción, Aprovechamiento Indebido de los Recursos Públicos y del Sistema General De Pensiones, Reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, Inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes, Innominada o Genérica.

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 8 de mayo de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de DORIS EDILIA SOSA ISAZA a la AFP PROTECCIÓN S.A., suscrita en 1999, por los motivos expuestos. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A., a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante permaneció afiliada a esa administradora, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONDENAR a la AFP COLFONDOS a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante permaneció afiliada a esa administradora.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que, una vez, se efectúe el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado del demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas. SEXTO: CONDENAR en costas a las demandadas PROTECCIÓN y COLFONDOS. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$ 1/4 smmlv, para PROTECCIÓN y 1/2 smmlv a COLFONDOS.

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

Conforme a la decantada jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la CSJ, consideró que procedente era declarar la ineficacia del traslado a Colfondos y en consecuencia del traslado horizontal a Protección; en la medida en que la AFP demandada no probó haberle suministrado la asesoría suficiente y entregado información relevante, veraz y completa con respecto a cada una de las características de los regímenes vigentes, al momento de su afiliación al RAIS o de su traslado entre AFP, y del interrogatorio de parte practicado a la actora se evidenció que no tuvo información clara y concisa de las diferencias de ambos regímenes, aunado que los formularios de afiliación traídos a colación por sí solos no constituyen prueba suficiente para tener por demostrado que la información fue veraz, la forma cómo se construye el derecho pensional en el fondo privado y en qué condiciones se podía pensionar.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones manifestó en la sustentación del recurso, que, la inversión de la carga de la prueba no puede recaer únicamente en la AFP codemandada, toda vez que la demandante contaba con los medios y las capacidades para comprender el acto que estaba realizando, e ilustrarse al respecto del traslado y cambio de régimen, que no puede la entidad reconocer derechos y prerrogativas por mera liberalidad sino que el traslado afecta el sistema de sostenibilidad financiera y la estabilidad de los demás afiliados que sí han permanecido en el RPMPD.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

La apoderada de **Colpensiones** reiteró los argumentos para solicitar la revocatoria de la sentencia; por cuanto el traslado que efectuó la actora goza de validez, así como que se encuentra en la prohibición de retornar al RPMD por faltarle menos de 10 años para cumplir la edad de pensión (pdf. 05, C02).

Según constancia secretarial la demandante, Colfondos y Protección, no descorrieron el traslado para alegar.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

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

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó el juez al declarar la ineficacia del traslado de la demandante Doris Edilia Sosa Isaza al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 2 de julio de 1967 como se acredita con la fotocopia de la cédula de ciudadanía (pág. 170 - 108, pdf. 02, C01); ii) cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el 30 de agosto de 1988, hasta el 31 de mayo de 1999 como lo acredita el reporte de semanas cotizadas de Colpensiones (pdf. 08, idem); iii) se trasladó al RAIS administrado por Protección SA, mediante la suscripción del formulario el 18 de mayo de 1999, con fecha de efectividad del 1 de julio de 1999 como se acredita en la captura de pantalla del histórico de solicitud de traslado aportado por Protección, y según comunicación adiada 13 de diciembre de 2021, estuvo afiliado a ese fondo hasta el 31 de marzo de 2009 cuando operó el traslado a Colfondos, y se corrobora con el certificado SIAFP de Asofondos (pág. 35, 22, 23, 33 pdf. 09, idem); iv) que tiene afiliación activa a Colfondos hasta el 31 de diciembre de 2020 (pág. 228-230, pdf. 01, idem); v) agotamiento de la reclamación administrativa ante Colpensiones

solicitando la aceptación del traslado y retorno a dicha administradora (pág. 169, pdf. 01 idem).

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, la Ley 100 de 1993, en su artículo 13, literal b), consagra que la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley, de acuerdo con la cual, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

No obstante, la escogencia de régimen a través del acto de afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado debe estar precedida del cumplimiento de ese mandato, en virtud del contenido del artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, que precisa que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por la afiliada después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019)».

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una **decisión informada**. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse

de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que el afiliado expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando la administradora del fondo privado incumplió la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993, vigentes a la fecha del traslado y/o de la migración entre el RAIS.

De este modo, como la actora adujo la falta de información o la mala entrega de esta por parte tanto de Protección, como fondo a través del cual se trasladó del RPMPD, y por parte de Colfondos ante la migración dentro del RAIS, la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación recae en el fondo, por cuanto: «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*» (artículo 1604 CC), en ese orden, Protección y Colfondos eran quienes debían probar en contrario, que sí proporcionaron la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado y del traslado horizontal, porque cuentan con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, es decir, debían arrojar elementos de convicción al interior del proceso que, de haber brindado una asesoría personalizada y completa a la demandante al momento de su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular de la afiliada, está a cargo de cada AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, en razón de que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, por cuanto las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia

y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación del cumplimiento del deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado de la afiliada, en consonancia con el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria dla afiliada, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021,CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que la afiliada hubiese suscrito el formulario de vinculación de cada AFP o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que *«la afiliación se hace libre y voluntaria»*, *«se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones»* u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no las libera de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

Desde su creación, las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

Dentro de sus deberes estaba informar de las diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 93, actualizado con el IPC (Índice de Precios al

Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y, las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle al afiliado **con detalle**, las ventajas y desventajas de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria.

Labor que debe trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -Decreto 729 de 1994, artículo 10- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque los fondos privados demandados, insistieron en su defensa que a la demandante le brindaron la asesoría requerida con suficiencia para el caso, así como Colpensiones, antes que insistieron en destacar que le incumbía informarse por sus propios medios respecto del traslado de régimen que iba a efectuar y las consecuencias que de ello se podían derivar, la Sala no encuentra demostración que rebata la negación indefinida de la actora de que no la recibió. Observándose que en su interrogatorio manifestó que la decisión la tomó por unos asesores que estaban en la empresa donde trabajaba para esa fecha, quienes insistieron en que el ISS se iba a acabar, y que la pensión “*iba a ser más fácil con ellos*”, no le dieron valores, recuerda que firmó el formulario, pero no que lo haya diligenciado, no tuvo información que en el RAIS la pensión está basada en el ahorro realizado, y dependía del capital acumulado, que requería de un capital suficiente, ni que para obtener la pensión, el salario que debía percibir debía ser superior a 5 smmlm, no conocía las diferencias en la forma como se iba a pensionar, ni de los riesgos y beneficios de su afiliación.

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

Bajo tales premisas, la Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que la demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

Bajo esa tesitura, la declaración de ineficacia de traslado implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado *«bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

La consecuencia jurídica es que **todos aquellos actos jurídicos que se celebraron con posterioridad a la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo que tanto **Protección** como **Colfondos** trasladen a Colpensiones las cotizaciones con los rendimientos financieros, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, **sin que ninguna de las AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización**, como a bien lo ordenó el *a quo*, en apego de la pauta trazada por la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P. Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

Por tanto, no son de recibo los reparos de la recurrente Colpensiones, y por el contrario de acuerdo a las premisas jurisprudenciales construidas en torno a la ineficacia del traslado de régimen por la Sala de Casación Laboral de la CSJ, se concluye que es acertada la decisión de la *a quo* que la administradora del RAIS deberá devolver a Colpensiones los aportes de la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos, bonos pensionales, los **gastos de administración, seguros previsionales, y fondo de garantía de pensión mínima**, en consonancia con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, del cual se desprende que los mismos están previstos tanto para el RPM como para el RAIS, y en los artículos 60 y 104 de la referida ley se establece su pago a cargo de los afiliados, como se precisó en reciente jurisprudencia SL2048-2023, siendo estos **tres conceptos** los únicos sobre los cuales se dispuso la **indexación**.

Distinción que encuentra su asiento en que, por disposición legal, los aportes pensionales deben generar una rentabilidad mínima, con la cual compensar la pérdida del poder adquisitivo, siendo éste el argumento que sustenta la devolución de las cotizaciones con sus rendimientos causados; a diferencia de lo que ocurre con los restantes conceptos –gastos de administración - sumas destinadas al seguro previsional - montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima-, que para el momento en que opere su devolución al RPMPD ya han sido afectados por el fenómeno de la depreciación, por ello la necesidad de ordenar su indexación, a fin de traerlos a valor presente.

Así mismo, se adicionarán los numerales segundo y tercero, para ordenar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Protección y Colfondos, deberán hacerse dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida, con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones.

2.6. PRESCRIPCIÓN

Se advierte, tal y como lo conceptuó el juez, que la excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción,

ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

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

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

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

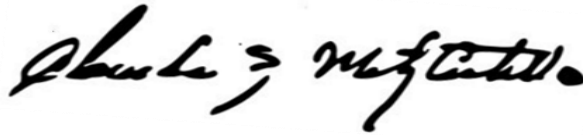
PRIMERO: ADICIONAR los numerales segundo y tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 8 de mayo de 2023 dentro del proceso promovido por **Doris Edilia Sosa Isaza** contra las AFP Protección, Colfondos y Colpensiones; en el sentido de ordenar que tanto Protección como Colfondos quedarán compelidas a cumplir con las condenas de traslado dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida, con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-.

TERCERO: Confirmar la sentencia en lo demás.

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

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

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado

Link expediente digitalizado:

https://etbcsi-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Eqncag79x7NAmc5DAIp0tAgBK-lo7Rko02YQSUDqno8fNg?e=50ODKy



DEMANDANTE:	César Pineda Rivera
DEMANDADA:	Colpensiones y Porvenir
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Confirma
RADICADO Y LINK:	11001310500720200024501 11001310500720200024501

En Bogotá DC, a los veintidós (22) días de marzo de dos mil veinticuatro (2024), la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver los recursos de apelación interpuestos por Porvenir y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de ésta última, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario adelantado por el señor **César Pineda Rivera** en contra de **Porvenir y Colpensiones**.

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

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

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

RPMPD-; así como que se ordene el retorno a Colpensiones y su afiliación sin solución de continuidad. En consecuencia, se ordene a Porvenir trasladar a Colpensiones el capital ahorrado; y en caso de existir alguna diferencia con el capital que deba recibir Colpensiones, se le autorice el pago de dicho capital; costas y agencias en derecho (pág. 2, pdf. 01, C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que, su afiliación inicial al sistema general de seguridad social en pensiones lo fue al RPMPD a través del extinto ISS hoy Colpensiones el 5 de diciembre de 1988; en el mes de octubre 2002, se trasladó al RAIS a través de Porvenir SA. Pero que, la decisión inicial del traslado no fue informada, autónoma y consciente, por cuanto en ningún momento el fondo privado le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional; que agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando el traslado de régimen sin obtener respuesta (pág. 1-2, idem).

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Colpensiones en su contestación, admitió los hechos referentes a la fecha de afiliación al ISS y el agotamiento de la reclamación administrativa; de los demás dijo no constarle. Se opuso a las pretensiones, y para derruirlas formuló las excepciones de mérito que denominó: errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica (pág. 4- 38, pdf. 11, idem).

Porvenir, presentó oposición a las pretensiones de la demanda; no admitió ninguno de los hechos relatados, sino que los negó o manifestó no constar de los mismos.

Formuló como excepciones de mérito las de: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica (pág. 2-22, pdf. 22, ídem).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 15 de junio de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por: ☐ El señor CÉSAR PINEDA RIVERA con la AFP PORVENIR el 30 de agosto de 2002 contenida en el formulario No. No. 10179181.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A., a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular el señor CÉSAR PINEDA RIVERA dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A., a devolver a Colpensiones, todos los descuentos realizados a los aportes pensionales de la demandante desde agosto de 2002, cuando ocurrió el traslado del régimen pensional, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, para lo cual se le concede al fondo demandado el término de treinta (30) días, contados a partir del auto de obediencia al Superior, deberán presentar un informe debidamente discriminadamente con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, descuentos objeto de devolución, su indexación y demás información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al demandante desde su afiliación inicial al ISS.

QUINTO: SE DECLARAN NO PROBADAS las excepciones presentadas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS – PORVENIR S.A.

SEXTO: SE CONDENA en costas a los fondos demandados y a favor del demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de cada uno de los fondos.

SÉPTIMO: se ordena el grado jurisdiccional de consulta ante el Superior a favor de Colpensiones.

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

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

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones manifestó en la sustentación del recurso, que, el demandante se encuentra dentro de la prohibición legal de traslado para retornar al RPMPD; que el deber de información para la fecha de afiliación del actor, no exigía nada más que el formulario de afiliación, sin ningún otro requerimiento y esa carga probatoria que se le impone al fondo viola el principio de confianza legítima; que permaneció en el RAIS sin ejercer acto alguno tendiente a manifestar su inconformidad; que la ineficacia del traslado sí afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional y pone en peligro el derecho a la seguridad social de los afiliados al sistema, por cuanto sería el patrimonio público con el cual se asumiría la pensión del actor, quien solo efectuó cotizaciones al régimen privado.

Porvenir, el apoderado expresó su inconformidad parcial con respecto al numeral tercero de la sentencia, en cuanto a la condena a devolver los gastos de administración, seguro previsional y aportes al fondo de garantía de pensión mínima de forma indexada es improcedente, porque con los rendimientos queda cubierta la pérdida del poder adquisitivo de los aportes del actor, y que la indexación no fue una pretensión de la demanda por lo que no fue objeto de debate, y que implicaría una doble sanción.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

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

acceder a la ineficacia la inconformidad de la demandante en cuanto a la diferencia en el monto de la mesada a percibir en cada régimen, porque este factor no vicia su voluntad. Señaló que solo deberían restituir los rendimientos de los aportes que hubieran tenido en el RPMPD (pdf 05, C02).

Según constancia secretarial ni el demandante ni Colpensiones descorrieron el traslado para alegar.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

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

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó el juez al declarar la ineficacia del traslado del demandante César Pineda Rivera al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 27 de julio de 1967 como se acredita con la fotocopia de la cédula de ciudadanía (pág. 14-15, pdf. 03, C01); ii) cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el 5 de diciembre de 1988, hasta el 30 de septiembre de 2002 como lo acredita el reporte de semanas cotizadas de Colpensiones (pág. 4, pdf. 12, idem); iii) se trasladó al RAIS administrado por Porvenir mediante la suscripción del formulario de fecha 30 de agosto de 2002 (pág. 109, pdf. 22 idem), con fecha de efectividad del 1 de octubre de 1996, según consta en el certificado expedido por Porvenir con afiliación activa desde el 1 de octubre de 2002 y como se corrobora en el formato SIAFP (pág. 111, idem); iv) agotamiento de la reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando el traslado y retorno a dicha administradora (pág. 16-18, pdf. 03 idem).

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley, de acuerdo con la cual, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado debe estar precedida del cumplimiento de ese mandato, tal como lo dispone el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por la afiliada después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019)".

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que el afiliado expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando la administradora del fondo privado incumplió la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993, vigentes a la fecha del traslado y de la migración entre el RAIS.

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

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular de la afiliada, está a cargo de la AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, en razón de que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, por cuanto las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación del cumplimiento del deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado del afiliado. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria dla afiliada, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021,CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que el afiliado hubiese suscrito el formulario de vinculación de la AFP o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no la libera de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

Desde su creación, las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

Dentro de sus deberes estaba informar de las diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 93, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y, las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle al afiliado **con detalle**, las ventajas y desventajas de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria.

Labor que debe trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -Decreto 729 de 1994, artículo 10- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Porvenir, insistió en su defensa que al demandante le brindaron la asesoría requerida con suficiencia para el caso, así como Colpensiones, entes que insistieron en destacar que le incumbía informarse por sus medio respecto del traslado de régimen que iba a efectuar y sus consecuencias, la Sala no encuentra demostración que rebata la negación indefinida del actor de que no la recibió. Observándose que en su interrogatorio manifestó que el formulario se lo suministraron donde trabajaba y que la jefe de personal le dijo que ese era el fondo de la empresa, y que no tuvo contacto con ningún asesor. Es decir, que por ningún medio probatorio el fondo privado demostró que le hubieran explicado de manera minuciosa las características del régimen, y menos que hubiera confesado o aceptado que tenía un conocimiento claro del mismo, por el contrario, solo permitió evidenciar un conocimiento vago, mas no que conociera todas las características de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias que implicaba el cambio de régimen.

Bajo tales premisas, la Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que el demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

Bajo esa tesitura, la declaración de ineficacia de traslado implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado «*bajo la ficción jurídica de que aquella*

nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida» (CSJ SL1689-2017).

La consecuencia jurídica es que **todos aquellos actos jurídicos que se celebraron con posterioridad a la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que no son de recibo los argumentos del apoderado de Povenir para censurar la condena al traslado de los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, cuando lo legítimo es que **Porvenir** traslade a Colpensiones no solo las cotizaciones con los rendimientos financieros, sino que también están compelidos a devolver, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, **sin que ninguna de las AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización**, como lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional que se ha venido construyendo desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, MP Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, MP Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, MP Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 MP Gerardo Botero Zuluaga.

Por tanto, no son de recibo los reparos de Porvenir, y por el contrario de acuerdo a las premisas jurisprudenciales construidas en torno a la ineficacia del traslado de régimen por la Sala de Casación Laboral de la CSJ, se concluye que es acertada la decisión de la *a quo* que la administradora del RAIS deberá devolver a Colpensiones los aportes de la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con sus rendimientos, bonos pensionales, los **gastos de administración, seguros previsionales, y fondo de garantía de pensión mínima**, en consonancia con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, del cual se desprende que los mismos están previstos tanto para el RPM como para el RAIS, y en los artículos 60 y 104 de la referida ley se establece su pago a cargo de los afiliados, por cuanto la consecuencia de la declaratoria de la Ineficacia del traslado de régimen pensional, es volver las cosas al estado en el que se encontraban antes.

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

... Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

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

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

Por consiguiente, se confirmará la orden a la AFP de devolver a Colpensiones los aportes del demandante junto con sus rendimientos, más los gastos de administración, seguro previsional y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, en consonancia con los porcentajes de distribución estipulados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, como se precisó en reciente jurisprudencia SL2048-2023, siendo estos **tres conceptos** los únicos sobre los cuales se dispuso la **indexación**.

Distinción que encuentra su asiento en que, por disposición legal, los aportes pensionales deben generar una rentabilidad mínima, con la cual compensar la pérdida del poder adquisitivo, siendo éste el argumento que sustenta la devolución de las cotizaciones con sus rendimientos causados; a diferencia de lo que ocurre con los restantes conceptos --gastos de administración - sumas destinadas al seguro previsional - montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima-, que para el momento en que opere su devolución al RPMPD ya han sido afectados por el fenómeno de la depreciación, por ello la necesidad de ordenar su indexación, a fin de traerlos a valor presente.

Sin embargo, conviene aclarar que la actualización de los aportes solo opera si la AFP respectiva no pone a disposición de Colpensiones los conceptos ordenados en el plazo otorgado.

2.6. PRESCRIPCIÓN

Se advierte, tal y como lo conceptuó la juez, que la excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

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

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

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 15 de junio de 2023 dentro del proceso promovido por **César Pineda Rivera** contra la AFP Porvenir y Colpensiones; de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

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

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



DEMANDANTE:	María Rosalba Yepes Malagón
DEMANDADA:	Colpensiones y Porvenir SA
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Revoca y confirma
RADICADO Y LINK:	11001310501020210001501 11001310501020210001501

En Bogotá DC, a los veintidós (22) días de marzo de dos mil veinticuatro (2024), la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver los recursos de apelación interpuestos por Porvenir y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de ésta última, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario adelantado por la señora **María Rosalba Yepes Malagón** en contra de **Porvenir SA y Colpensiones**.

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

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende la demandante se declare la nulidad o invalidez de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por Horizonte SA hoy Porvenir SA, se ordene su traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPMPD-; así como que se ordene el retorno a Colpensiones y su afiliación sin solución de continuidad. En consecuencia, se

ordene a Porvenir SA trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos, intereses moratorios e indexación, sin descuento por gastos de administración o de aportes al fondo de solidaridad y a Colpensiones a recibir los aportes (págs. 3-4, pdf. 01, C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones y en lo que interesa al recurso, expuso que, nació el 7 de enero de 1964 su afiliación cotizó al ISS hoy Colpensiones desde el 20 de noviembre de 1984, y luego se vinculó al RAIS con la AFP Horizonte SA hoy Porvenir SA en el mes de septiembre de 1998, donde se encuentra afiliada actualmente. Pero que, la decisión inicial del traslado no fue informada, autónoma y consciente, por cuanto en ningún momento la AFP le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional, ni el beneficio de retracto (pág. 4-5, *idem*).

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Porvenir SA presentó oposición a las pretensiones de la demanda; aceptó el hecho relativo a la fecha de nacimiento de la actora, su afiliación inicial en el RAIS con Horizonte hoy Porvenir, donde se encuentra activa su afiliación; los demás los negó o manifestó que no consta de ellos. formuló como excepciones de fondo las de: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe (pág. 2-26, pdf. 18, *ídem*).

Colpensiones aceptó los hechos referentes a la edad de la demandante, y la fecha de traslado al RAIS; de los demás hechos dijo no constarle o los negó. Propuso las excepciones de fondo que denominó: prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, e imposibilidad de condena en costas (pág. 2-10, pdf. 17, *idem*).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 11 de mayo de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la demandante señora MARÍA ROSALBA YEPES MALAGON , a la administradora COLPATRIA, mediante la suscripción de afiliación realizada el 19 de junio de 1998, y el subsiguiente traslado el 19 de mayo de 1999 a AFP HORIZONTE, y posteriormente, trasladado por fusión a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR, por el incumplimiento del deber de información, en consecuencia, y por ende se declara ineficaz su traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al RAIS y se ordena el regreso automático sin solución de continuidad al régimen de prima media administrado por Colpensiones, como si nunca se hubiera trasladado, de conformidad a la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES recibir y restablecer afiliación de la demandante MARÍA ROSALBA YEPES MALAGON al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad como si nunca se hubiera trasladado conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, hacer entrega al régimen de prima media administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, del todos las sumas que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MARÍA ROSALBA YEPES MALAGON, correspondientes a cotizaciones, frutos e intereses, rendimientos , bonos pensionales si los hubiere, como lo dispone el artículo 1746 del C.C., que se hubieren causados y así mismo a realizar la devolución de los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, con cargo a sus propias utilidades, todas estas sumas debidamente indexadas, que le hubieren descontado durante su vinculación, y deberá allegar los documentos correspondientes al pago de estas sumas a Colpensiones y que den cuenta de las sumas recibidas por cotizaciones, ciclos, ibc, rendimientos, intereses, y las descontadas por gastos de administración, primas de seguros previsionales , porcentajes de garantía de pensión mínima para que Colpensiones pueda establecer que la devolución se hace en los términos ordenados, dicha devolución deberá realizarse en el término de los 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, de conformidad a la parte motiva.

CUARTO: CONDENAR a Colpensiones de manera inmediata a la ejecutoria de la sentencia debe imputar en la historia laboral del demandante las semanas cotizadas en el RAIS, así mismo condenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a que una vez ingresen estas sumas de dinero provenientes de AFP PORVENIR S.A., debe proceder a revisar que se haya hecho la devolución de conformidad a lo ordenado en esta sentencia, de conformidad a la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por la demandada, conforme a lo expuesto.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a AFP PORVENIR S.A y COLPENSIONES a favor de la demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo como agencias en derecho a cargo de las administradoras AFP PORVENIR S.A. la suma de \$ 1.100.000, y COLPENSIONES, por concepto de Agencias en Derecho a cargo de cada una la suma de \$ 350.000.

SEPTIMO: De no ser apelada esta providencia, remítase al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta”.

Conforme a la línea jurisprudencial trazada por la Corte Constitucional y la Sala de Casación Laboral de la CSJ, reflexionó que lo procedente era declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional surtido por la demandante, en la medida en que la AFP demandada no probó haberle suministrado la asesoría oportuna, suficiente y, menos que le hubieran entregado información relevante, veraz y completa, al momento de su afiliación al RAIS, como se delimitó en esa primera etapa en que entraron a operar las AFP. Que los formularios de afiliación por sí solos no constituyen prueba suficiente para tener por demostrado que la información fue veraz; aunado a que del interrogatorio de parte no se logró la confesión de que hubiera recibido la asesoría debida.

De conformidad con las consecuencias de la declaratoria de ineficacia y sus efectos *ex tunc*, condenó a Porvenir SA a devolver de los aportes con sus rendimientos, frutos e intereses, bonos pensionales, así como de los gastos de administración, el seguro previsional y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, estos conceptos debidamente indexados; con lo que se busca salvaguardar la sostenibilidad financiera del sistema, con los cuales Colpensiones cubrirá la prestación a futuro.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir, expresó su inconformidad con la decisión, señalando que el precedente jurisprudencial, ha indicado que no se puede aplicar de manera homogénea a todos los procesos, y que en este caso la demandante realizó válidamente su traslado de régimen de manera voluntaria e informada de conformidad con la normatividad vigente para la fecha de su traslado, y no obró con mediana diligencia sobre el conocimiento del acto jurídico que estaba realizando; que no procede la devolución de los gastos de administración ni de las primas de seguro previsional, por cuanto estos conceptos deben pagarse en el RPMPD, así como tampoco la indexación cuando se ordenó la devolución de los aportes junto con sus rendimientos, lo que sería excluyente de la indexación.

Colpensiones manifestó en la sustentación del recurso, que el traslado efectuado por la accionante al RAIS se llevó a cabo de manera consciente y voluntaria y para esa fecha se le suministró la información vigente para esa fecha, que no era otra sino el diligenciamiento del formulario, que no hay prueba contundente que el asesor

del fondo de manera dolosa y con la intención de causarle un daño la indujo al traslado. Que se encuentra en la prohibición de ley para que opere el traslado Que siempre ha actuado bajo el principio de buena fe objetiva, por lo que se debe absolver de la condena en costas.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

La apoderada de la **demandante** solicitó la confirmación de la sentencia, en virtud de la doctrina y la jurisprudencia sentada en los casos de ineficacia del traslado (pdf. 008, C002).

El apoderado de **Porvenir SA** reiteró los argumentos para solicitar la revocatoria de la decisión de primer grado, y una vez desestimada la ineficacia del traslado de régimen pensional se le absuelva de la condena en costas (pdf 006, idem).

Según constancia secretarial ni la parte demandante ni Colpensiones, recorrieron el traslado para presentar alegatos.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

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

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó el juez al declarar la ineficacia del traslado de la demandante María Rosalba Yepes Malagón al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 7 de enero de 1964 (pág. 42, pdf. 01, C001); ii) cotizó al RPM a través del ISS hoy

Colpensiones desde el 20 de noviembre de 1984, hasta el 31 de diciembre de 1998 como lo acredita el reporte de semanas cotizadas de Colpensiones (pág. 25, pdf.17, idem); iii) se trasladó al RAIS administrado por Colpatria, hoy Porvenir SA mediante la suscripción del formulario el 19 de junio de 1998 (pág. 30, pdf. 18, idem), y iv) seguidamente migró dentro del RAIS a Horizonte SA, hoy también absorbido por Porvenir con el diligenciamiento del formulario en fecha 9 de julio de 1999 (pág. 29, pdf. 18, *ídem*) con afiliación activa desde el 1 de agosto de 1998, según consta en la certificación allegada por Porvenir SA (pág. 31, pdf. 18 idem); vi) que registra cotizaciones hasta el mes de mayo de 2022, según la historia laboral que anexó dicho fondo (pág. 32-43, idem); v) agotamiento de la reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando la aceptación del traslado y retorno a dicha administradora (pág. 33-35, pdf. 17, idem).

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley, de acuerdo con la cual, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado debe estar precedida del cumplimiento de ese mandato, tal como lo dispone el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas,

consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019)".

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que el afiliado expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando la administradora del fondo privado incumplió la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993, vigentes a la fecha del traslado y de la migración entre el RAIS.

De este modo, como la afiliada adujo la falta de información o la mala entrega de esta por parte de las AFP a las que estuvo afiliada y a la que se encontraba vinculada a la fecha de la demanda, éstas tienen sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*» (artículo 1604 CC), en ese orden, Porvenir SA era quien debía probar en contrario, que sí proporcionó la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado, porque cuenta con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, es decir, era quien debía arrojar elementos de convicción al interior del proceso que, se brindó una asesoría personalizada y completa a la demandante al momento de su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta

obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, en razón de que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, por cuanto las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado del afiliado. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que la afiliada hubiese suscrito el formulario de vinculación de cada AFP o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que *«la afiliación se hace libre y voluntaria»*, *«se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones»* u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no las libera de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

Desde su creación, las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

En sus deberes estaba informar de las diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 93, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y, las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle al afiliado **con detalle**, las ventajas y desventajas de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria.

Labor que debe trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -Decreto 729 de 1994, artículo 10- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Porvenir SA, insistió en su defensa que a la demandante le brindaron la asesoría requerida suficiente para el caso conforme a la normatividad vigente para la fecha del traslado, así como Colpensiones, entes que insistieron en reprochar que era deber de ésta informarse del acto jurídico de traslado que estaba efectuando, la Sala no encuentra demostración que rebata la negación indefinida de la actora de que no la recibió. Observándose que la demandante en su interrogatorio manifestó que el asesor solo le pidió la información de sus datos personales para diligenciar el formulario, que le comentaron que el ISS se iba a acabar, ni le explicaron en qué consistía la cuenta de ahorro individual. Es decir, que no le explicaron de manera concienzuda las características del régimen, y menos que hubiera confesado o aceptado que tenía un conocimiento claro del mismo, por el contrario, solo permitió evidenciar un conocimiento vago o somero, mas no que conociera todas las características de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias que implicaba su traslado.

Bajo tales premisas, la Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez,

trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que la demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

Bajo esa tesitura, la declaración de ineficacia de traslado implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado *«bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

La consecuencia jurídica es que **todos aquellos actos jurídicos que se celebraron con posterioridad a la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo que **Porvenir SA** traslade a Colpensiones no solo las cotizaciones con los rendimientos financieros, sino que también están compelidos a devolver, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, **sin que la AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización**, como lo ordenó la *a quo* en consonancia con las determinaciones jurisprudenciales uniformes de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P Gerardo Botero Zuluaga.

Por tanto, no le asiste razón al apoderado de Porvenir SA, al solicitar la revocatoria de la sentencia para que se les absuelva de las condenas impuestas como la devolución de los gastos de administración y del seguro previsional, siendo acertada la decisión de primera instancia, quien ordenó que la administrara del RAIS deberá devolver a Colpensiones los aportes de la cuenta de ahorro individual de la

demandante, junto con sus rendimientos, bonos pensionales, los **gastos de administración, seguros previsionales, y fondo de garantía de pensión mínima**, por expresa disposición del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, del cual se desprende, tal como él mismo lo argumentó, que los mismos están previstos tanto para el RPM como para el RAIS, y en los artículos 60 y 104 de la referida ley se establece su pago a cargo de los afiliados, por cuanto la consecuencia de la declaratoria de la Ineficacia del traslado de régimen pensional, es volver las cosas al estado en el que se encontraban antes.

Sobre los reparos de **Porvenir SA** que, no hay lugar a la devolución del seguro previsional de invalidez y muerte, debe decirse que la misma norma indica que los montos que se acumulen no harán parte del capital para financiar pensiones salvo que así lo disponga el afiliado; en este caso, la declaratoria de ineficacia es producto del incumplimiento por parte de las AFP de su deber de información; obligación de la administradora de pensiones y no en la aseguradora con quien contrató la protección del seguro previsional de invalidez y sobrevivencia, conforme a la previsión establecida en los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, por lo que las consecuencias de la ineficacia del traslado solo pueden afectar directamente a quien la ocasionó.

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

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

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

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

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

Lo cual se ratifica en los artículos 70 y 76 del estatuto pensional, al contemplar como una de las fuentes financieras para honrar el pago de las pensiones de invalidez y

sobrevivientes, la suma adicional necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión, la cual está a cargo del asegurador, cuya contratación es obligación de la administradora pensional y, así lo ha reconocido esta Sala como se evidencia en la sentencia CSJ SL4248-2021, así:

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

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

Y en cuanto a la censura de que no procede la indexación de los conceptos a trasladar por parte de Porvenir SA a Colfondos, se itera, que esta opera por ministerio de la ley para menoscabo del detrimento patrimonial del RPMPD, conforme a los parámetros establecidos por nuestro órgano de cierre, en sentencias SL 359-2021 y especialmente la SL 950 de 2022, así:

... Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

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

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

Por consiguiente, se confirmará la orden a la AFP de devolver a Colpensiones los aportes de la demandante junto con sus rendimientos, y trasladar los gastos de administración, seguro previsional y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, en consonancia con los porcentajes de distribución estipulados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, como se precisó en reciente jurisprudencia

SL2048-2023, siendo estos **tres conceptos** los únicos sobre los cuales se dispuso la **indexación**.

Distinción que encuentra su asiento en que, por disposición legal, los aportes pensionales deben generar una rentabilidad mínima, con la cual compensar la pérdida del poder adquisitivo, siendo éste el argumento que sustenta la devolución de las cotizaciones con sus rendimientos causados; a diferencia de lo que ocurre con los restantes conceptos –gastos de administración - sumas destinadas al seguro previsional - montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima-, que para el momento en que opere su devolución al RPMPD ya han sido afectados por el fenómeno de la depreciación, por ello la necesidad de ordenar su indexación, a fin de traerlos a valor presente.

Sin embargo, conviene aclarar que la actualización de los aportes solo opera si la AFP respectiva no pone a disposición de Colpensiones los conceptos ordenados en el plazo otorgado.

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

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

2.6. PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

2.7 COSTAS DEL PROCESO

Finalmente, en relación al ataque de **Colpensiones** que no debe ser absuelto de la condena en costas, debemos tener en cuenta que la condena que se emite en su contra no es por su actuar negligente u omisivo, sino que es la consecuencia de la ineficacia de una afiliación por la desidia que tuvo un tercero con la demandante, como la misma entidad lo esgrimió en la sustentación del recurso; así que las condenas que asume hoy surgen de la declaratoria de ineficacia, por lo que no hay lugar a condenar a esta codemandada a las costas de primera instancia, y en tal sentido se revocará parcialmente el numeral sexto de la sentencia objeto de alzada para absolver a Colpensiones de la condena en costas en primera instancia.

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

Costas de segunda instancia a cargo de Porvenir SA y en favor de la demandante, por haber sido vencida en la alzada. En esta instancia no se impondrán costas a Colpensiones, por haber prosperado parcialmente el recurso. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 a cargo de Porvenir SA y en favor de la demandante.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el numeral sexto de la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 11 de mayo de 2023 dentro del proceso promovido por **María Rosalba Yepes Malagón** contra la AFP Porvenir

SA y Colpensiones; para absolver a Colpensiones de la condena en costas impuestas en primera instancia; de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO: Confirmar la sentencia en lo demás.

TERCERO: Costas a cargo de Porvenir SA y en favor de la demandante, por haber sido vencida en la alzada. En esta instancia no se impondrán costas a Colpensiones, por haber prosperado parcialmente el recurso. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 a cargo de Porvenir SA y en favor de la demandante.

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

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



DEMANDANTE:	Carlos Alberto Valencia Chica
DEMANDADA:	Colpensiones y Porvenir SA
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Revoca, adiciona y confirma.
RADICADO Y LINK:	11001310501220210057401 11001310501220210057401

En Bogotá DC, a los veintidós (22) días de marzo de dos mil veinticuatro (2024), la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados** Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, **y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver los recursos de apelación interpuestos por Porvenir SA y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de ésta última, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario adelantado por la señora **Carlos Alberto Valencia Chica** en contra de **Porvenir SA y Colpensiones**.

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

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende el demandante se declare la ineficacia de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por Porvenir SA, ordene su traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPMPD-; así como que se ordene el retorno a Colpensiones y su afiliación sin solución de continuidad. En consecuencia, se ordene a Porvenir SA trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas

adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, junto con sus rendimientos; y a Colpensiones a recibir los aportes; con la actualización de su historia laboral con el detalle de la devolución de aportes; extra y ultrapetita; costas y agencias en derecho (págs. 5-6, pdf. 01, C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 16 de diciembre de 1963; su afiliación inicial al sistema general de seguridad social en pensiones lo fue al RPMPD a través del extinto ISS hoy Colpensiones el 7 de julio de 1992, y luego se vinculó al RAIS el 15 de septiembre de 1999; con la AFP Porvenir SA. Pero que, la decisión inicial del traslado no fue informada, autónoma y consciente, por cuanto en ningún momento la AFP le brindó una asesoría completa, integral, clara precisa y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional; que agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones siendo resuelta de manera insatisfactoria (pág. 6-7, *idem*).

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Porvenir SA presentó oposición a las pretensiones de la demanda; admitió el hecho que relata la fecha de nacimiento del actor y el agotamiento de la reclamación administrativa de forma desfavorable; y de los demás supuestos fácticos dijo no constar de ellos. Formuló como excepciones de fondo las de: prescripción de los derechos reclamados, y de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe (pág. 2-26, pdf. 08, *ídem*).

Colpensiones aceptó los hechos referentes a la edad del demandante, su afiliación al ISS antes del traslado al RAIS y las semanas cotizadas, el agotamiento de la reclamación administrativa donde les solicitó dejar sin efecto la afiliación al RAIS; de los demás hechos dijo no constarle. Propuso las excepciones de fondo que denominó: prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas, y la declaratoria de otras excepciones (pág. 2-12, pdf. 06, *idem*).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 11 de mayo de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación realizada por el señor CARLOS ALBERTO VALENCIA CHICA, identificado con C.C. No 10.263.391 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. el 15 de septiembre de 1999, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al señor CARLOS ALBERTO VALENCIA CHICA al régimen de prima media con prestación definida, conforme lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor CARLOS ALBERTO VALENCIA CHICA tales como como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados; conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

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

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

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

Conforme a la línea jurisprudencial trazada por la Corte Constitucional y la Sala de Casación Laboral de la CSJ, consideró que lo procedente era declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional surtido por el demandante, en la medida en que la AFP demandada no probó haberle suministrado la asesoría suficiente y entregado información relevante, veraz y completa, al momento de su afiliación al RAIS, ni el tipo de información que le suministró; que de acuerdo a lo manifestado por el actor en el interrogatorio que, el empleador fue quien diligenció los formularios, no lograron probar el acompañamiento que le hubieran dado al empleador; ello si se tiene en cuenta que, los formularios de afiliación por sí solos no constituyen prueba suficiente para tener por demostrado que la información fue veraz y completa. Así como que las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, consistente en la devolución de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales,

rendimientos, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos mermas; propenden por la salvaguarda de la sostenibilidad económica del sistema, sobre la pensión que a futuro deberá cubrir Colpensiones.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir, expresó su inconformidad con la decisión, señalando que la afiliación del demandante se dio con apego a los requisitos exigidos para dicha anualidad, y el formulario demuestra que fue un acto voluntario, y que de acuerdo a la manifestación del demandante, fue el empleador quien diligenció el formulario y quien coartó su derecho a la libre escogencia; que se revoque la condena a la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, toda vez que esos descuentos no van destinados a la financiación del afiliado y no lo tienen en su propiedad estas sumas, sino que fueron canceladas a las aseguradoras correspondientes; que la indexación ordenada es improcedente por cuando la depreciación queda cubierta con la devolución de los rendimientos.

Colpensiones manifestó en la sustentación del recurso, que existió una correspondencia entre la voluntad de acción en el demandante con la firma de formulario; que el demandante se encontraba en la prohibición de ley para trasladarse lo que genera descapitalización del RPMPD cuando no ha efectuado sus aportes en este régimen; que el actor no se encuentra activo en el sistema de seguridad social de pensiones sino que sus aportes los está haciendo en el extranjero; y que se revoque la condena en costas impuestas a esa administradora atendiendo el precedente de este Tribunal, que ha señalado que Colpensiones no tuvo injerencia directa o indirecta en el acto de traslado que generó la ineficacia del mismo.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado de **Porvenir SA** expresó que no se configuraron los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional, dado que se realizó de manera libre, voluntaria y consiente; insistiendo en los argumentos del recurso; que el actor no ejerció su derecho de retracto oportunamente; que el motivo para retornar al RPMPD consistente en la diferencia del monto de la mesada a percibir, no es un factor que vicie su voluntad. Y solicito la desestimación de la condena en costas en caso de revocar la declaratoria de ineficacia (pdf. 006, C002)

El apoderado del demandante solicitó la confirmación de la sentencia en torno a la declaratoria de ineficacia y las consecuencias que de ello se derivaron, en armonía del precedente jurisprudencial (pdf. 008, *idem*).

Según constancia secretarial, el apoderado de Colpensiones, no recorrió el traslado para presentar alegatos.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

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

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó el juez al declarar la ineficacia del traslado del demandante Carlos Alberto Valencia Chica al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 16 de diciembre de 1963 (pág. 20, pdf. 01, C001); ii) cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el 9 de julio de 1992, hasta el 30 de abril de 1999 como lo acredita el reporte de semanas cotizadas de Colpensiones (pág. 55, pdf. 01, *idem*); iii) se trasladó al RAIS administrado por Porvenir SA mediante la suscripción del formulario de afiliación calendado 16 de septiembre de 1999, con afiliación activa desde el 1 de noviembre de 1999 según la certificación de Porvenir (pág. 27 y 28 pdf. 08, *ídem*), y el certificado SIAFP (pág. 52, pdf. 08, *idem*); iv), y donde registra cotizaciones hasta el mes de septiembre de 2002, según la historia laboral que anexó dicho fondo (pág. 29-31, pdf. 08, *idem*); v) agotamiento de la reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando la aceptación del traslado y retorno a dicha administradora en forma desfavorable (pág. 51, pdf. 01, *idem*).

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley, de acuerdo con la cual, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado debe estar precedida del cumplimiento de ese mandato, tal como lo dispone el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019)".

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que el afiliado expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando la

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

De este modo, como el afiliado adujo la falta de información o la mala entrega de esta por parte de la AFP a las que estuvo afiliado y a la que se encontraba vinculado a la fecha de la demanda, ésta tiene sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*» (artículo 1604 CC), en ese orden, Porvenir SA era quien debía probar en contrario, que sí proporcionó la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado, porque cuentan con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, es decir, era quien debía arrojar elementos de convicción al interior del proceso que, se brindó una asesoría personalizada y completa a el demandante al momento de su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, en razón de que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, por cuanto las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado del afiliado. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que el afiliado hubiese suscrito el formulario de vinculación donde se emplean leyendas o afirmaciones tales como que, «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no la libera de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

Desde su creación, las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

En sus deberes estaba informar de las diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y, las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle al afiliado **con detalle**, las ventajas y desventajas de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria.

Labor que debe trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios - Decreto 729 de 1994, artículo 10- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Porvenir SA, insistió en su defensa que al demandante le brindaron la asesoría requerida con suficiencia para el caso, así como Colpensiones, entes que insistieron en destacar que debió informarse sobre las consecuencias que implicaba el traslado de régimen, la Sala no encuentra demostración que rebata la negación indefinida del actor de que, no la recibió. Observándose que el demandante en su interrogatorio manifestó que fue el síndico del hospital donde trabajaba quien le suministró el formulario de afiliación que pensó que iba a seguir afiliado en las mismas condiciones; es decir, que no le explicaron de manera concienzuda las particularidades del régimen, y menos que hubiera confesado o aceptado tener un conocimiento del mismo, por el contrario, solo permitió evidenciar un conocimiento somero, mas no que conociera todas las características de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias que implicaba su traslado.

Bajo tales premisas, la Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que el demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

Bajo esa tesitura, la declaración de ineficacia de traslado implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado *«bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

Llama la atención de la Sala que, la operadora judicial que el apoderado de Porvenir en la sustentación del recurso solicitó la revocatoria de la condena a devolver los gastos de administración y seguros previsionales, sin embargo, éste último concepto no fue ordenado en la decisión de primer grado. No obstante, y en apego de la doctrina expuesta por vía jurisprudencial por nuestro máximo órgano de cierre, la consecuencia jurídica de la declaratoria de ineficacia es que **todos aquellos actos jurídicos que se celebraron con posterioridad a la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo que Porvenir SA traslade a Colpensiones no solo las cotizaciones

con los rendimientos financieros, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones y gastos de administración como lo ordenó la *a quo* sino que también están compelidos a devolver los conceptos que no ordenó la juez en primera instancia, referentes a las primas de seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima.

En así, como **la AFP no puede conservar ningún valor descontado de la cotización**, como lo viene sentado en la línea jurisprudencial construida desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P Gerardo Botero Zuluaga.

Por tanto, no le asiste razón al apoderado de Porvenir SA, al solicitar la revocatoria de la sentencia para que se les absuelva de las condenas impuestas que, ordenó la devolución de los gastos de administración y del seguro previsional, cuando por expresa disposición legal del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, lo procedente ante la declaratoria de ineficacia del traslado, es que se devuelvan los **gastos de administración, seguros previsionales, y fondo de garantía de pensión mínima**, en razón de que están previstos tanto para el RPM como para el RAIS, y en los artículos 60 y 104 de la referida ley se establece su pago a cargo de los afiliados, por cuanto la consecuencia de la declaratoria de la Ineficacia del traslado de régimen pensional, es volver las cosas al estado en el que se encontraban antes.

Y en lo referente a la obligación de devolver el seguro previsional, es la administradora de pensiones y no la aseguradora con quien contrató la protección del seguro previsional de invalidez y sobrevivencia, quien debe asumir su pago, conforme a la previsión establecida en los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, en razón de que, las consecuencias de la ineficacia del traslado solo pueden afectar directamente a quien la ocasionó.

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

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

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

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

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

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

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

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

Por tanto, en el grado jurisdiccional de consulta que se revisa la decisión, se adicionará la orden impartida en el numeral tercero, en cuanto a que, Porvenir SA devolverá junto con los conceptos ordenados por la primera instancia, las sumas correspondientes a **seguros previsionales, y fondo de garantía de pensión mínima**, descontados al actor; en consonancia con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, del cual se desprende que los mismos están previstos tanto para el RPM como para el RAIS, y en los artículos 60 y 104 de la referida ley se establece su pago a cargo de los afiliados, por cuanto la consecuencia de la declaratoria de la Ineficacia del traslado de régimen pensional, consiste que las cosas vuelvan al estado en el que se encontraban antes; debidamente indexados como se precisó en reciente jurisprudencia SL2048-2023, siendo estos tres conceptos los únicos sobre los cuales se dispuso la indexación.

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

... Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

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

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

Por lo que se confirmará la decisión en el sentido de ordenar la indexación de los conceptos a trasladar, adicionando que deberán indexarse los gastos de administración, seguro previsional y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, como se precisó en reciente jurisprudencia SL2048-2023, siendo estos tres conceptos los únicos sobre los cuales se dispuso la indexación.

Distinción que encuentra su asiento en que, por disposición legal, los aportes pensionales deben generar una rentabilidad mínima, con la cual compensar la pérdida del poder adquisitivo, siendo éste el argumento que sustenta la devolución de las cotizaciones con sus rendimientos causados; a diferencia de lo que ocurre con los restantes conceptos – gastos de administración - sumas destinadas al seguro previsional - montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima-, que para el momento en que opere su devolución al RPMPD ya han sido afectados por el fenómeno de la depreciación, por ello la necesidad de ordenar su indexación, a fin de traerlos a valor presente.

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

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

Así mismo, se adicionará el numeral tercero, para ordenar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Porvenir SA, deberán hacerse con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida.

2.6. PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

2.7 COSTAS DEL PROCESO

Finalmente, en relación a los reproches del apoderado de Colpensiones, en lo que se refiere a la condena en costas impuestas a esa administradora, debemos tener en cuenta que la condena que se emite en su contra no es por su actuar negligente u omisivo, sino que es la consecuencia de la ineficacia de una afiliación por la desidia que tuvo un tercero con el demandante; así que las condenas que asume hoy esta administradora surgen de la declaratoria de ineficacia, por lo que no hay lugar a condenar a esta codemandada a

las costas de primera instancia, y en tal sentido se revocará parcialmente el numeral sexto de la sentencia objeto de alzada

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

Costas de segunda instancia a cargo de Porvenir SA a favor del demandante, por haber sido vencida en la alzada. En esta instancia no se impondrán costas a Colpensiones, por haber prosperado parcialmente el recurso. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 a cargo de Porvenir SA y en favor del demandante.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el numeral sexto de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 11 de mayo de 2023 dentro del proceso promovido por **Carlos Alberto Valencia Chica** contra la AFP Porvenir SA y Colpensiones; para absolver a Colpensiones de la condena en costas impuestas en primera instancia; de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral tercero en el sentido de condenar a Porvenir SA a devolver a Colpensiones los conceptos ordenados en primera instancia, así como los seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados del señor Carlos Alberto Valencia Chica; traslado que deberá hacerse dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida; con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-.

TERCERO: Confirmar la sentencia en lo demás.

CUARTO: Costas a cargo de Porvenir SA a favor del demandante, por haber sido vencida en la alzada. En esta instancia no se impondrán costas a Colpensiones, por

haber prosperado parcialmente el recurso. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 a cargo de Porvenir SA y en favor del demandante.

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

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado

Link expediente digitalizado:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Ei-6Goe2BwJFiTcoe-kcRnIBBD0s-J79o_jcvGYXVrQVvA?e=egG8qT



DEMANDANTE:	Wilson Villarreal Cantillo
DEMANDADA:	Colpensiones y Colfondos
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Adiciona y confirma
RADICADO Y LINK:	11001310501920200019201 11001310501920200019201

En Bogotá DC, a los veintidós (22) días de marzo de dos mil veinticuatro (2024), la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados** Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, **y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto por Porvenir y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de ésta última, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario adelantado por el señor **Wilson Villarreal Cantillo** en contra de **Colfondos y Colpensiones**.

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

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende el demandante se declare la ineficacia de su vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por Colfondos; se ordene su traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPMPD-; así como que se ordene el retorno a Colpensiones y su afiliación sin solución de continuidad. En consecuencia, se ordene a Colfondos trasladar a Colpensiones la totalidad de los

aportes cotizados y, a Colpensiones a recibir los aportes; y que se condene a esta administradora a reconocerle y pagarle la pensión de vejez bajo el régimen de transición en los términos de la Ley 100 de 1993, (págs. 11-12, pdf. 01, C001).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que, su afiliación inicial al sistema general de seguridad social en pensiones lo fue al RPMPD a través del extinto ISS hoy Colpensiones el 2 de abril de 1987; tenía 40 años al -1 de abril de 1994- y afiliación vigente al ISS; desde el 7 de julio de 2000 registra como afiliado al RAIS a través de Colfondos SA. Pero afirmó que no suscribió formulario de afiliación a esa AFP, así como que la decisión inicial del traslado no fue informada, autónoma y consciente, por cuanto en ningún momento la AFP le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional; que solicitó a Colfondos SA el estudio grafológico sobre la firma del formulario de afiliación, a lo que le respondieron «*identificamos que existen indicios para considerar un presunto fraude en el mismo*», que a pesar de haber solicitado la nulidad de su afiliación a Colfondos, ésta fue negada por la AFP; lo que lo llevó posteriormente a agotar la reclamación administrativa de traslado de régimen ante Colpensiones resuelta a su vez de forma negativa (pág. 12-13, idem).

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Colfondos no se opuso ni se allanó a las pretensiones de la demanda; solo admitió los hechos que hablan de la afiliación al ISS, que la afiliación a ese fondo se encuentra activa, la respuesta que emitieron a la petición de estudio grafológico; los demás los negó o manifestó no constarles. Formuló como excepciones de mérito las de: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica (pág. 3-8, pdf. 05, idem).

Colpensiones aceptó los hechos referentes a la edad del demandante, su afiliación al ISS antes del traslado al RAIS, y la edad que tenía al cumplimiento de los 40 años de edad, el traslado al RAIS a través de Colfondos, y que su afiliación se encuentra activa,

y el agotamiento de la reclamación administrativa de forma desfavorable; de los demás hechos dijo no constarle. Propuso las excepciones de mérito que denominó: errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación 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 (pág. 2-41, pdf. 06, idem).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 17 de marzo de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado del señor **WILSON VILLAREAL CANTILLO**, identificado con C.C N° 19.439.964, del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por **COLFONDOS S.A DE PENSIONES Y CESANTIAS**, identificada con NIT 800.149.496-2, realizado el día 07 de julio del 2000, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al demandante **WILSON VILLAREAL CANTILLO**, identificado con C.C N° 19.439.964, al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES, desde el 07 de abril de 1989, hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo

siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada **COLFONDOS S.A DE PENSIONES Y CESANTIAS** identificada con N° NIT 800.149.496-2, a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor **WILSON VILLAREAL CANTILLO** identificado con C.C N° 19.439.964, como cotizaciones, aportes adicionales, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, sumas debidamente indexadas, donde COLPENSIONES está obligada a recibir dichas sumas

CUARTO: Al momento de cumplirse esta orden los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Por lo tanto, se **REQUIERE** a COLPENSIONES para que proceda a actualizar la historia laboral de la parte demandante.

QUINTO: DECLARAR que el demandante **WILSON VILLAREAL CANTILLO** identificado con C.C N° 19.439.964 es beneficiario del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, se reconocerá la pensión de vejez a partir del momento en que el demandante quede desafiado del sistema conforme al artículo 12 del decreto 758 de 1990, aplicable al caso en concreto, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: se condena en costas a la demandada COLFONDOS.

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

Conforme a la decantada jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la CSJ, consideró que como no existe prueba que el demandante firmara o no el formulario, lo procedente era declarar la ineficacia en la medida en que la AFP demandada no probó

haberle suministrado la asesoría suficiente y entregado información relevante, veraz y completa con respecto a cada una de las características de los regímenes vigentes, al momento de su afiliación al RAIS o de su traslado entre AFP, en razón de que los formularios de afiliación por sí solos no constituyen prueba suficiente para tener por demostrado que la información fue veraz, máxime que no hay prueba de que el demandante haya firmado el formulario.

Reflexionó que el actor conservó el régimen de transición porque a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tenía 40 de año, es decir, con el requisito de la edad, y al 25 de julio de 2005, tiene una densidad de 916 semanas, cumpliendo con el requisito del Acto Legislativo 01 de 2005; el demandante cumplió los 60 años el 11 de marzo de 2014, con un total de 1.195 semanas cotizadas al 31 de diciembre de 2014; pero como sigue afiliado y cotizando al sistema, ordenó el reconocimiento de la pensión, cuando ocurra la desafiliación del demandante.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones manifestó en la sustentación del recurso, que, en cuanto a la inversión de la carga de la prueba, debe tener en cuenta que se está imponiendo las obligaciones de información de normas que no existían para la fecha del traslado del demandante, solo bastaba el diligenciamiento del formulario en señal de aceptación. Que, el actor ha permanecido más de 22 años en el RAIS y su traslado lesiona la sostenibilidad financiera del régimen y coloca en peligro la seguridad social de los demás afiliados que a diferencia del actor sí han venido efectuando sus aportes a ese régimen para construir su pensión. Que el actor perdió el régimen de transición porque se trasladó al RAIS, y no cumple con el requisito de los 15 años de servicios al 1 de abril de 1994. Que de no revocarse la orden se mantenga la orden de devolver todos los aportes, y que se adicione la sentencia en el sentido de que solo se podrá hacer efectiva hasta tanto la AFP no reintegre los recursos y actualice la información en la base de datos.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado del demandante solicitó la confirmación de la sentencia en torno a la declaratoria de ineficacia y las consecuencias de esta, en aplicación del precedente jurisprudencial (pdf. 006, C02).

Según constancia secretarial ninguna de las demandadas describió el traslado para alegar.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

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

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó el juez al declarar la ineficacia del traslado del demandante Wilson Villarreal Cantillo al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello. Y si conservó el régimen de transición para la pensión de vejez.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 11 de marzo de 1954 como se corrobora en el reporte de semanas cotizadas allegado por Colpensiones (pág. 2, pdf. 08, C01); ii) cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el 7 de abril de 1989, hasta el 31 de julio de 2000 como lo acredita el reporte de semanas cotizadas de Colpensiones (pdf.8, ídem); iii) se trasladó al RAIS administrado por Colfondos mediante la suscripción del formulario de afiliación de la fecha 7 de julio de 2000 (pág. 10, pdf. 01, *ídem*) con afiliación activa desde el 1 de septiembre de 2000, según consta en la captura de pantalla del histórico de solicitud de traslado aportado por Colfondos y el historial del SIAFP (pág. 10 y 11, pdf. 05, ídem); iv) agotamiento de la reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando la aceptación del traslado y retorno a dicha administradora (pág. 106-114, pdf. 01 ídem).

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o

jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley, de acuerdo con la cual, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado debe estar precedida del cumplimiento de ese mandato, tal como lo dispone el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019)".

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que el afiliado expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando la administradora del fondo privado incumplió la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993, vigentes a la fecha del traslado y de la migración entre el RAIS.

De este modo, como el actor adujo la falta de información o la mala entrega de esta por parte de la AFP a la que estuvo afiliado y a la que se encontraba vinculado a la fecha de la demanda, éstas tienen sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*» (artículo 1604 CC), en ese orden, Colfondos era quien debía probar en contrario, que sí proporcionó la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado, porque cuenta con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, es decir, era quien debía arrojar elementos de convicción al interior del proceso que, se brindó una asesoría personalizada y completa al demandante al momento de su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, en razón de que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, por cuanto las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado del afiliado. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que el afiliado hubiese suscrito el formulario de vinculación de cada AFP o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otras

similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no las libera de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

Desde su creación, las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

Dentro de sus deberes, estaba informar de las diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 93, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y, las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle al afiliado **con detalle**, las ventajas y desventajas de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria.

Labor que debe trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios - Decreto 729 de 1994, artículo 10- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Colfondos, insistió en su defensa que al demandante le brindaron la asesoría requerida suficiente para el caso, así como Colpensiones, entes que insistieron en destacar que el incumbía tener conocimiento del traslado y sus consecuencias, la Sala no encuentra demostración que rebata la negación indefinida de la actora de que no la

recibió. Observándose que el demandante en su interrogatorio manifestó que en ningún momento solicitó el traslado del RPMPD, que siempre realizó labores como médico de planta, pero que, en el año 2015 al desarrollar un trabajo por prestación de servicios le correspondió realizar el trámite de las afiliaciones a los distintos riesgos del sgss, y a partir de dicha calenda resultó afiliado al RAIS a través de Colfondos. Es decir, que no se puede evidenciar que hubo una asesoría, cuando está en entredicho ante la denuncia penal que el actor instauró, que haya sido él quien suscribió el formulario de afiliación, y menos que hubiera confesado o aceptado que tenía un conocimiento claro del mismo, por el contrario, solo permitió evidenciar un conocimiento vago o somero, mas no que conociera todas las características de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias que implicaba su traslado.

Bajo tales premisas, la Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que el demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

Bajo esa tesitura, la declaración de ineficacia de traslado implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado *«bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

La consecuencia jurídica es que **todos aquellos actos jurídicos que se celebraron con posterioridad a la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo que **Colfondos** traslade a Colpensiones no solo las cotizaciones con los rendimientos financieros, como lo ordenó el *a quo* sino que también están compelidos a devolver, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, **sin que ninguna de las AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización**, como lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo

López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P Gerardo Botero Zuluaga.

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

Por consiguiente, se confirmará la orden a la AFP de devolver a Colpensiones los aportes del demandante junto con sus rendimientos, los gastos de administración, seguro previsional y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, en consonancia con los porcentajes de distribución estipulados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, como se precisó en reciente jurisprudencia SL2048-2023, siendo estos **tres conceptos** los únicos sobre los cuales se dispuso la **indexación**.

Distinción que encuentra su asiento en que, por disposición legal, los aportes pensionales deben generar una rentabilidad mínima, con la cual compensar la pérdida del poder adquisitivo, siendo éste el argumento que sustenta la devolución de las cotizaciones con sus rendimientos causados; a diferencia de lo que ocurre con los restantes conceptos – gastos de administración - sumas destinadas al seguro previsional - montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima-, que para el momento en que opere su devolución al RPMPD ya han sido afectados por el fenómeno de la depreciación, por ello la necesidad de ordenar su indexación, a fin de traerlos a valor presente.

Sin embargo, conviene aclarar que la actualización de los aportes solo opera si la AFP respectiva no pone a disposición de Colpensiones los conceptos ordenados en el plazo otorgado.

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

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

Así mismo, se adicionará el numeral tercero, para ordenar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Colfondos, deberán hacerse dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida, con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones.

2.6. CONSERVACIÓN DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

Conforme a los reparos de Colpensiones, quien reprochó que el demandante no conservó el régimen de transición, debemos tener presente que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, enmarca los requisitos para acceder a la pensión de vejez:

La edad para acceder a la pensión de vejez. continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en 2 años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley. (...)"

Por su parte el Acuerdo 049 de 1990 modificado por el Decreto 758 de 1990, en su artículo 12 como requisitos para obtener la pensión de vejez las personas que reúnan los requisitos que enlista:

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

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

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

A partir de tales presupuestos, al analizar el caso de marras, se pudo verificar, con la copia de la cédula de ciudadanía del demandante que nació el 11 de marzo de 1954; al 1 de abril de 1994 contaba con 40 años de edad, y 210,29 semanas cotizadas, una vez comenzó a aplicarse la Ley 100 de 1993, lo que permite concluir que conservó el régimen de transición con el requisito de edad. Luego se observa que al 29 de julio de 2005, al cobrar vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005, tenía 781,71 semanas cotizadas, más de las 750 requeridas. Y a la última fecha de cotización febrero de 2023, alcanzaba 1.817,14 semanas cotizadas.

Así las cosas, se encuentra demostrado que el actor conservó el régimen de transición, al tenor del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que Colpensiones deberá hacer el estudio de la prestación de vejez, en aplicación del acuerdo 049 de 1990, por lo que se confirmará el numeral quinto de la sentencia objeto de apelación.

2.7. PRESCRIPCIÓN

Se advierte, tal y como lo conceptuó la juez, que la excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

2.8 COSTAS DEL PROCESO

Finalmente, con relación a la censura de **Colpensiones** en la sustentación del recurso respecto de la condena en costas impuestas en primera instancia, debemos tener en cuenta que la misma se emite en su contra, pero no por su actuar negligente u omisivo, sino como consecuencia de la ineficacia de una afiliación por la desidia que tuvo un tercero con el demandante; así que las condenas que asume hoy surgen de la declaratoria de ineficacia, por lo que no hay lugar a condenar a esta codemandada a las costas de primera instancia, y en tal sentido se revocará parcialmente el numeral quinto de la sentencia objeto de alzada

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

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

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 17 de marzo de 2023 dentro del proceso promovido por **Wilson Villarreal Cantillo** contra la AFP Colfondos y Colpensiones; en el sentido de que Colfondos deberá cumplir las órdenes de condena dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida, con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-.

SEGUNDO: Confirmar la sentencia en lo demás.

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

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

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado

Link expediente digitalizado:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EraJDwYq6NpCm11AA6AnUr4BQGuePUdqVhmkfcty0aTleg?e=AVScW3



DEMANDANTE:	Ruth Angela Jiménez Salazar
DEMANDADA:	Colpensiones y Colfondos
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Adiciona y confirma
RADICADO Y LINK:	11001310501920210046801 11001310501920210046801

En Bogotá DC, a los veintidós (22) días de marzo de dos mil veinticuatro (2024), la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de ésta última, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario adelantado por la señora **Ruth Angela Jiménez Salazar** en contra de **Colfondos y Colpensiones**.

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

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende la demandante se declare la ineficacia de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por Colfondos el 1 de octubre de 1996; se ordene su traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPMPD-; así como que se ordene el retorno a Colpensiones y su afiliación sin solución de continuidad. En consecuencia, se ordene a Colfondos trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes cotizados y, a Colpensiones a recibir los aportes y actualizar la historia laboral; extra y ultra petita; costas y agencias en derecho (pág. 3, pdf. 02, C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que, su afiliación inicial al sistema general de seguridad social en pensiones lo fue al RPMPD a través del extinto ISS hoy Colpensiones el 21 de junio de 1988; el 1 de octubre de 1996, se trasladó al RAIS a través de Colfondos SA, donde se encuentra con afiliación activa. Pero que la decisión inicial del traslado no fue informada, autónoma y consciente, por cuanto en ningún momento el fondo privado le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional; que agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando la ilegalidad, nulidad o ineficacia del traslado, resuelta a su vez de forma desfavorable (pág. 1-2, idem).

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Colpensiones en su contestación, admitió los hechos referentes a la fecha de afiliación al ISS y el agotamiento de la reclamación administrativa de forma desfavorable; de los demás hechos dijo no constarle. Se opuso a las pretensiones, y para derruirlas formuló las excepciones de mérito que denominó: errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación 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 (pág. 2-38, pdf. 06, idem).

Colfondos no se opuso ni se allanó a las pretensiones de la demanda; solo admitió los hechos que hablan de la afiliación a Colfondos, que la afiliación a ese fondo se encuentra activa, la respuesta que emitieron a la petición de estudio grafológico; los demás los negó o manifestó no constarles. Formuló como excepciones de mérito las de: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica (pág. 4-8, pdf. 05, ídem).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 16 de marzo de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por RUTH ANGELA JIMÉNEZ SALAZAR ...del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. DE PENSIONES Y CESANTÍAS, ..., realizado el día 08 de agosto de 1996 conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante RUTH ANGELA JIMÉNEZ SALAZAR, ...al régimen de prima media con prestación definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES, desde el 21 de junio de 1988, hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS SA DE PENSIONES Y CESANTÍAS, ...a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora RUTH ANGELA JIMÉNEZ SALAZAR ..., como cotizaciones, aportes adicionales, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, sumas debidamente indexadas, donde COLPENSIONES está obligada a recibir dichas sumas.

CUARTO: Al momento de cumplirse esta orden los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Por lo tanto, **se REQUIERE** a COLPENSIONES para que proceda a actualizar la historia laboral de la parte demandante.

QUINTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra por las razones expuestas en esta providencia.

SEXTO: Se condena en costas a la demandada COLFONDOS.

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

Conforme a la decantada jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la CSJ, consideró que procedente era declarar la ineficacia en la medida en que la AFP demandada no probó haberle suministrado la asesoría suficiente y entregado información relevante, veraz y completa con respecto a cada una de las características de los regímenes vigentes, al momento de su afiliación al RAIS o de su traslado entre AFP, en razón de que los formularios de afiliación por sí solos no constituyen prueba suficiente para tener por demostrado que la información fue veraz, y que la demandante manifestó que no recuerda cómo fue el diligenciamiento del formulario.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones manifestó en la sustentación del recurso, que, la demandante hizo uso del traslado de régimen sin presión o coacción, sino que fue tomada de manera libre, espontánea y voluntaria; para la fecha en que se realizó la afiliación pudo solicitar mayor información sobre el derecho pensional; que se encuentra ratificada la voluntad de la demandante de mantenerse en el RAIS y saneada la nulidad, pues fue hasta el año 2021 que solicitó el retorno al RPMPD, cuando ya estaba inmersa en la prohibición de traslado de régimen.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado de la **demandante** solicitó la confirmación de la sentencia en torno a la declaratoria de ineficacia y las consecuencias de esta, en aplicación del precedente jurisprudencial (pdf. 006, C02).

El apoderado de **Colpensiones**, reiteró los argumentos para solicitar la revocatoria de la sentencia; por cuanto la demandante en caso de evidenciar irregularidades en su traslado debió formular duda o inquietud ante el fondo privado, no esperar hasta la edad para acceder a la pensión de vejez para hacer la reclamación.

Según constancia secretarial, Colfondos no recorrió el traslado para alegar.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

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

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó el juez al declarar la ineficacia del traslado de la demandante Ruth Angela Jiménez Salazar al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 27 de julio de 1967 como se acredita con la fotocopia de la cédula de ciudadanía (pág. 107-108, pdf. 02, C01); ii) cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el 21 de junio de 1988, hasta el 31 de julio de 1997 como lo acredita el reporte de semanas cotizadas de Colpensiones (pág. 41, pdf. 06, ídem); iii) se trasladó al RAIS administrado por Colfondos a través de la solicitud fechada 8 de agosto de 1996, con fecha de efectividad del 1 de octubre de 1996, según consta en la captura de pantalla del histórico de solicitud de traslado aportado por Colfondos y el historial del SIAFP (pág. 104, pdf. 07, ídem); iv) agotamiento de la reclamación administrativa ante

Colpensiones solicitando la aceptación del traslado y retorno a dicha administradora (pág. 109-113, pdf. 02 ídem).

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley, de acuerdo con la cual, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado debe estar precedida del cumplimiento de ese mandato, tal como lo dispone el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por la afiliada después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019”.

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que el afiliado expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando la administradora del

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

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

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular de la afiliada, está a cargo de la AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, en razón de que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, por cuanto las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación del cumplimiento del deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado de la afiliada. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria de la afiliada, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que la afiliada hubiese suscrito el formulario de vinculación de cada AFP o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que «*la afiliación se hace*

libre y voluntaria», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no las libera de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

Desde su creación, las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

Dentro de sus deberes estaba informar de las diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 93, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y, las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle al afiliado **con detalle**, las ventajas y desventajas de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria.

Labor que debe trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -Decreto 729 de 1994, artículo 10- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Colfondos, insistió en su defensa que al demandante le brindaron la asesoría requerida con suficiencia para el caso, así como Colpensiones, entes que insistieron en destacar que le incumbía informarse por sus medio respecto del traslado de régimen que iba a efectuar y sus consecuencias, la Sala no encuentra demostración que rebata la negación indefinida de la actora de que no la recibió. Observándose que en su interrogatorio manifestó que la decisión la tomó por unos asesores que estaban en el laboratorio donde trabajaba y que le dieron información por grupos, referente a la noticia de que el ISS se iba a acabar, y podía

perder la posibilidad de pensionarse siendo riesgoso permanecer el en ISS; que no recuerda si ella misma llenó el formulario de afiliación, ni el documento como tal, así como tampoco que le hubieran explicado las características de los diferentes regímenes, del derecho de retracto, ni un comparativo de cómo se pensionaría en los distintos regímenes. Es decir, que no le explicaron de manera minuciosa las características del régimen, y menos que hubiera confesado o aceptado que tenía un conocimiento claro del mismo, por el contrario, solo permitió evidenciar un conocimiento vago o somero, mas no que conociera todas las características de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias que implicaba el cambio de régimen.

Bajo tales premisas, la Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que la demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

Bajo esa tesitura, la declaración de ineficacia de traslado implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado *«bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

La consecuencia jurídica es que **todos aquellos actos jurídicos que se celebraron con posterioridad a la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo que **Colfondos** traslade a Colpensiones no solo las cotizaciones con los rendimientos financieros, como lo ordenó la *a quo* sino que también están compelidos a devolver, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, **sin que ninguna de las AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización**, como lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del

18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P Gerardo Botero Zuluaga.

Por tanto, no son de recibo los reparos de la recurrente Colpensiones, y por el contrario de acuerdo a las premisas jurisprudenciales construidas en torno a la ineficacia del traslado de régimen por la Sala de Casación Laboral de la CSJ, se concluye que es acertada la decisión de la *a quo* que la administradora del RAIS deberá devolver a Colpensiones los aportes de la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos, bonos pensionales, los **gastos de administración, seguros previsionales, y fondo de garantía de pensión mínima**, en consonancia con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, del cual se desprende que los mismos están previstos tanto para el RPM como para el RAIS, y en los artículos 60 y 104 de la referida ley se establece su pago a cargo de los afiliados, por cuanto la consecuencia de la declaratoria de la Ineficacia del traslado de régimen pensional, es volver las cosas al estado en el que se encontraban antes .

Por consiguiente, se confirmará la orden a la AFP de devolver a Colpensiones los aportes de la demandante junto con sus rendimientos, más los gastos de administración, seguro previsional y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, en consonancia con los porcentajes de distribución estipulados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, como se precisó en reciente jurisprudencia SL2048-2023, siendo estos **tres conceptos** los únicos sobre los cuales se dispuso la **indexación**.

Distinción que encuentra su asiento en que, por disposición legal, los aportes pensionales deben generar una rentabilidad mínima, con la cual compensar la pérdida del poder adquisitivo, siendo éste el argumento que sustenta la devolución de las cotizaciones con sus rendimientos causados; a diferencia de lo que ocurre con los restantes conceptos –gastos de administración - sumas destinadas al seguro previsional - montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima-, que para el momento en que opere su devolución al RPMPD ya han sido afectados por el fenómeno de la depreciación, por ello la necesidad de ordenar su indexación, a fin de traerlos a valor presente.

Sin embargo, conviene aclarar que la actualización de los aportes solo opera si la AFP respectiva no pone a disposición de Colpensiones los conceptos ordenados en el plazo otorgado.

Así mismo, se adicionará el numeral tercero, para ordenar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Colfondos, deberán hacerse dentro de los 30 días siguientes a la

sentencia emitida, con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones.

2.6. PRESCRIPCIÓN

Se advierte, tal y como lo conceptuó la juez, que la excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

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

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

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 16 de marzo de 2023 dentro del proceso promovido por **Ruth Angela Jiménez Salazar** contra la AFP Colfondos y Colpensiones; en el sentido de ordenar que Colfondos deberá cumplir con las condenas de traslado dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida, con el suministro de la información prevista en el

artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-.

TERCERO: Confirmar la sentencia en lo demás.

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

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

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado

Link expediente digitalizado:

https://etbcsi-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EsPnpGesXshKimLq46aG8MBbq61LJP82JBSQHPVtzDI9w?e=X102ZQ



DEMANDANTE:	María Stella Betancourt
DEMANDADA:	Colpensiones y Porvenir SA
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Revoca, adiciona y confirma
RADICADO Y LINK:	11001310503620210060601 11001310503620210060601

En Bogotá DC, a los veintidós (22) días de marzo de dos mil veinticuatro (2024), la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados** Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, **y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver los recursos de apelación interpuestos por Porvenir y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de ésta última, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario adelantado por la señora **María Stella Betancourt** en contra de **Porvenir SA y Colpensiones**.

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

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende la demandante se declare la nulidad de su vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por Porvenir SA, se ordene su traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPMPD-; así como que se ordene el retorno a Colpensiones y su afiliación sin solución de continuidad. En consecuencia, se ordene a Porvenir SA trasladar a Colpensiones la

totalidad de los aportes junto con sus rendimientos, y a Colpensiones a recibir los aportes; con la actualización de su historia laboral con el detalle de la devolución de aportes.

Así mismo, solicitó el reconocimiento por parte de Colpensiones de la pensión de vejez en el RPMPD, junto con su retroactivo pensional, e indexación; costas y agencias en derecho (págs. 6-7, pdf. 01, C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 10 de mayo de 1959; su afiliación inicial al sistema general de seguridad social en pensiones lo fue al RPMPD a través del extinto ISS hoy Colpensiones el 3 de agosto de 1978, y luego se vinculó al RAIS con la AFP Porvenir SA el 2 de febrero de 1996. Pero que, la decisión inicial del traslado no fue informada, autónoma y consciente, por cuanto en ningún momento la AFP le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional; que la reclamación administrativa ante Colpensiones quedó agotada de forma negativa (pág. 7-8, ídem).

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Porvenir SA presentó oposición a las pretensiones de la demanda; no admitió ninguno de los hechos relatados, sino que los negó o manifestó que no consta de ellos. Formuló como excepciones de mérito las de: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica (pág. 2-27, pdf. 07, ídem).

Colpensiones aceptó los hechos referentes a la edad de la demandante, su afiliación al ISS antes del traslado al RAIS, el traslado al RAIS a través de Porvenir SA, aclarando la fecha del mismo, y el agotamiento de la reclamación administrativa de forma desfavorable; de los demás hechos dijo no constarle. Propuso las excepciones de mérito que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, inexistencia de causal de nulidad o ineficacia de traslado, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y

ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicabilidad de la sentencia SL 373 de 2021, y la innominada o genérica (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política) (pág. 2-24, pdf. 06, *ídem*).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 12 de abril de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por la señora MARIA STELLA BETANCOURT del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., normalizar la afiliación de la actora en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de 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, sumas que deberán ser debidamente indexadas a la fecha de su pago.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes a la historia laboral de la demandante y que sea actualizada en debida forma.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

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

SÉPTIMO(sic): CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.”

Conforme a la línea jurisprudencial trazada por la Corte Constitucional y la Sala de Casación Laboral de la CSJ, consideró que lo procedente era declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional surtido por la demandante, en la medida en que la AFP demandada no probó haberle suministrado la asesoría suficiente y entregado información

relevante, veraz y completa, al momento de su afiliación al RAIS o de su traslado entre AFP, en razón de que los formularios de afiliación por sí solos no constituyen prueba suficiente para tener por demostrado que la información fue veraz. Desestimó el argumento de Porvenir que la afiliada como profesional en derecho fuera suficiente para dar por sentado que la actora conocía las consecuencias de su decisión; toda vez que la formación académica de la afiliada no exonera a la AFP de las reglas jurisprudenciales.

De conformidad con las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, con la devolución de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se salvaguarda la sostenibilidad financiera del sistema, con los cuales Colpensiones cubrirá la prestación a futuro. Pero negó el reconocimiento de la pensión de vejez, porque se requiere tener en cuenta su última cotización, así como la desafiliación del sistema y para la fecha del fallo seguía siendo servidora pública lo que le impide percibir dos erogaciones del erario público; y hasta que no se encuentre actualizada su historia laboral no se podrá definir su derecho.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir, expresó su inconformidad con la decisión, señalando que la indexación ordenada es improcedente, de acuerdo con la jurisprudencia en materia indemnizatoria con en la SL9316 de 2016, lo que resulta incompatible con los rendimientos que generaron los aportes de la afiliada; y que los rendimientos ordenados serían excluyentes de la indexación.

Colpensiones manifestó en la sustentación del recurso, que la actora se encuentra legalmente afiliada a Porvenir, hacia donde se trasladó de manera consciente y voluntaria, así como que para la fecha en que operó el mismo las reglas del deber de información que debían suministrar las AFP no era otra sino el diligenciamiento del formulario, y que la actora a su vez tenía el deber de informarse respecto del servicio que iba a adquirir. Que además se encuentra en la prohibición legal para retornar al RPMPD, porque tiene más de 62 años; y que en razón de que la entidad actuó como un tercero de buena fe, se le debe absolver de la condena en costas.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado de la **demandante** solicitó la confirmación de la sentencia en torno a la declaratoria de ineficacia y las consecuencias de esta, en aplicación del precedente jurisprudencial (pdf. 006, C02).

El apoderado de **Porvenir SA** expresó su inconformidad señalando que no se configuraron los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional, dado que se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresó en el formulario de afiliación de acuerdo a la normatividad vigente, y que la accionante pudo trasladarse oportunamente; que no es argumento para acceder a la ineficacia la inconformidad de la demandante en cuanto a la diferencia en el monto de la mesada a percibir en cada régimen, porque este factor no vicia su voluntad. Señaló que solo deberían restituir los rendimientos de los aportes que hubieran tenido en el RPMPD. Reiterando los argumentos para solicitar la revocatoria de la indexación de los conceptos a devolver, por tratarse de una doble sanción (pdf 08, ídem).

El apoderado de **Colpensiones** reiteró los argumentos expuestos en la sustentación del recurso en la primera instancia para que se revoque la sentencia (pdf. 010, *ídem*).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

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

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó el juez al declarar la ineficacia del traslado de la demandante María Stella Betancourt al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 10 de mayo de 1959 (pág. 106, pdf. 01, C01); ii) cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el 3 de agosto de 1978, hasta el 29 de abril de 1990 como lo acredita el reporte de

semanas cotizadas de Colpensiones (pdf.10 Expediente laboral); iii) se trasladó al RAIS administrado por Porvenir SA mediante la suscripción del formulario de afiliación de la fecha 28 de noviembre de 1995 (pág. 105, pdf. 01, *ídem*) con afiliación activa desde el 1 de diciembre de 1995, según consta en el formulario SIAFP y en la certificación allegada por Porvenir SA (pdf. 124, *ídem*, pág. 96, pdf. 07, *ídem*); iv) suscribió otro formulario de afiliación a Porvenir el 1 de marzo de 1996, con afiliación activa desde el 4 de agosto de 1997 v), luego migró a Horizonte hoy Porvenir SA con el diligenciamiento del formulario de solicitud de vinculación el 7 de octubre de 1999 (pdf. 104, *ídem*) con afiliación activa desde el 1 de diciembre de 1999 (pdf. 124, *ídem*); vi) que registra cotizaciones hasta el mes de septiembre de 2021, según la historia laboral que anexó dicho fondo (pág. 108-121, *ídem*); v) agotamiento de la reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando la aceptación del traslado y retorno a dicha administradora (pág. 83-103, *ídem*).

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley, de acuerdo con la cual, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado debe estar precedida del cumplimiento de ese mandato, tal como lo dispone el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019)".

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que el afiliado expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando la administradora del fondo privado incumplió la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993, vigentes a la fecha del traslado y de la migración entre el RAIS.

De este modo, como la afiliada adujo la falta de información o la mala entrega de esta por parte de las AFP a las que estuvo afiliada y a la que se encontraba vinculada a la fecha de la demanda, éstas tienen sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*» (artículo 1604 CC), en ese orden, Porvenir SA era quien debía probar en contrario, que sí proporcionó la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado, porque cuenta con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, es decir, era quien debía arrojar elementos de convicción al interior del proceso que, se brindó una asesoría personalizada y completa a la demandante al momento de su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, en razón de que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno

cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, por cuanto las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado del afiliado. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que la afiliada hubiese suscrito el formulario de vinculación de cada AFP o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no las libera de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

Desde su creación, las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

En sus deberes estaba informar de las diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 93,

actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y, las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle al afiliado **con detalle**, las ventajas y desventajas de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria.

Labor que debe trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios - Decreto 729 de 1994, artículo 10- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Porvenir SA, insistió en su defensa que a la demandante le brindaron la asesoría requerida suficiente para el caso, así como Colpensiones, entes que insistieron en destacar que sí conocía ambos regímenes, sumado a su profesión como abogada, la Sala no encuentra demostración que rebata la negación indefinida de la actora de que no la recibió. Observándose que la demandante en su interrogatorio manifestó que el asesor no le explicó que era una cuenta de ahorro individual, ni las modalidades por las cuales se podía pensionar en el RAIS, o como funcionaban las pólizas de aseguramiento, ni del derecho de retracto. Es decir, que no le explicaron de manera concienzuda las características del régimen, y menos que hubiera confesado o aceptado que tenía un conocimiento claro del mismo, por el contrario, solo permitió evidenciar un conocimiento vago o somero, mas no que conociera todas las características de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias que implicaba su traslado.

Bajo tales premisas, la Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que la demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

Bajo esa tesitura, la declaración de ineficacia de traslado implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado «*bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida*» (CSJ SL1689-2017).

La consecuencia jurídica es que **todos aquellos actos jurídicos que se celebraron con posterioridad a la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo que **Porvenir SA** traslade a Colpensiones no solo las cotizaciones con los rendimientos financieros, como lo ordenó el *a quo* sino que también están compelidos a devolver, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, **sin que ninguna de las AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización**, como lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P. Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

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

En torno a los ataques de la apoderada de Porvenir SA relativos a la improcedencia de la indexación de los conceptos a trasladar a Colpensiones, se advierte, que esta opera por ministerio de la ley para menoscabo del detrimento patrimonial del RPMPD, conforme

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

... Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

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

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

Por consiguiente, se confirmará la orden a la AFP de devolver a Colpensiones los aportes de la demandante junto con sus rendimientos, para determinar que se a su vez deberá trasladar los gastos de administración, seguro previsional y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, en consonancia con los porcentajes de distribución estipulados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, como se precisó en reciente jurisprudencia SL2048-2023, siendo estos **tres conceptos** los únicos sobre los cuales se dispuso la **indexación**.

Distinción que encuentra su asiento en que, por disposición legal, los aportes pensionales deben generar una rentabilidad mínima, con la cual compensar la pérdida del poder adquisitivo, siendo éste el argumento que sustenta la devolución de las cotizaciones con sus rendimientos causados; a diferencia de lo que ocurre con los restantes conceptos – gastos de administración - sumas destinadas al seguro previsional - montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima-, que para el momento en que opere su devolución al RPMPD ya han sido afectados por el fenómeno de la depreciación, por ello la necesidad de ordenar su indexación, a fin de traerlos a valor presente.

Sin embargo, conviene aclarar que la actualización de los aportes solo opera si la AFP respectiva no pone a disposición de Colpensiones los conceptos ordenados en el plazo otorgado.

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

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

Así mismo, se adicionará el numeral tercero, para ordenar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Porvenir SA, deberán hacerse con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida.

2.6. PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

2.7 COSTAS DEL PROCESO

Finalmente, en relación a las costas impuestas a **Colpensiones** debemos tener en cuenta que la condena que se emite en su contra no es por su actuar negligente u omisivo, sino que es la consecuencia de la ineficacia de una afiliación por la desidia que tuvo un tercero con la demandante, como la misma entidad lo esgrimió en la sustentación del recurso; así que las condenas que asume hoy surgen de la declaratoria de ineficacia, por lo que no hay lugar a condenar a esta codemandada a las costas de primera instancia,

y en tal sentido se revocará parcialmente el numeral quinto de la sentencia objeto de alzada

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

Costas de segunda instancia a cargo de Porvenir SA y en favor de la demandante, por haber sido vencida en la alzada. En esta instancia no se impondrán costas a Colpensiones, por haber prosperado parcialmente el recurso. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 a cargo de Porvenir SA y en favor de la demandante.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el numeral quinto de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 12 de abril de 2023 dentro del proceso promovido por **María Stella Betancourt** contra la AFP Porvenir SA y Colpensiones; para absolver a Colpensiones de la condena en costas impuestas en primera instancia; de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral segundo en el sentido de condenar a Porvenir SA a devolver a Colpensiones los aportes de la señora María Stella Betancourt, junto con sus rendimientos, bonos pensionales, los gastos de administración, seguro previsional y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, siendo estos tres conceptos los únicos sobre los cuales se dispuso la indexación; que deberá hacerse con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida.

TERCERO: Confirmar la sentencia en lo demás.

CUARTO: Costas a cargo de Porvenir SA y en favor de la demandante, por haber sido vencida en la alzada. En esta instancia no se impondrán costas a Colpensiones, por

haber prosperado parcialmente el recurso. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 a cargo de Porvenir SA y en favor de la demandante.

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

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado

Link expediente digitalizado:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EtKJ2ALM05IBl6G2Jvio2M4BZuZGco8Hq5OFiqQNuEk-qg?e=bozpwH



DEMANDANTE:	Inés Rivera Llanos
DEMANDADA:	Colpensiones, Porvenir SA, Protección SA y Skandia SA
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Revoca y confirma
RADICADO Y LINK:	11001310500120190015601 11001310500120190015601

En Bogotá DC, a los veintidós (22) días de marzo de dos mil veinticuatro (2024), la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados** Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, **y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver los recursos de apelación interpuestos por la AFP Porvenir SA, Skandia SA y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de ésta última, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario adelantado por la señora **Inés Rivera Llanos** en contra de **Porvenir SA, Protección SA, Skandia SA y Colpensiones**.

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

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende la demandante se declare la ineficacia de su vinculación y traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPMPD- administrado por el ISS hoy Colpensiones al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por Colpatria hoy Porvenir SA, y sus posteriores migraciones dentro del RAIS a Protección, Skandia SA y Porvenir SA; así como que se ordene el retorno a Colpensiones y su afiliación sin solución de continuidad. En consecuencia, se ordene a

Porvenir SA trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos, y a Colpensiones a recibir los aportes y actualizar la historia laboral; extra y ultra petita; costas (pág. 4-5, pdf. 01, C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que se trasladó del RPM administrado por el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones al RAIS a la AFP Colpatria sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías hoy Porvenir SA en abril de 1987 (sic); pero la decisión no fue informada, autónoma y consciente, ya que en ningún momento se le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional por ninguno de los dos fondos privados. Aseveró haber solicitado a Porvenir SA la ineficacia de afiliación, que fue negada; así como agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones, pero fue despachada desfavorablemente.

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Porvenir SA aceptó la afiliación y especificó que data del 3 de junio de 1994; de los demás hechos dijo no constarle los que involucran hechos de terceros. Y negó los hechos referentes a una indebida información suministrada al momento de la vinculación a ese fondo, y que le indicaron los pormenores del funcionamiento, condiciones y características del RAIS en comparación con el RPM.

Para derruir las excepciones formuló como excepciones las de prescripción del derecho y de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe (págs. 117-143, *ídem*).

Colpensiones aceptó el hecho de la afiliación, y el que se refiere al agotamiento de la reclamación administrativa; negó el motivo de la negación del traslado explicando que se basó en la libertad de elección de régimen; y que no consta de hechos relacionados con actos de particulares ajenos a ese fondo, y que deben ser probados. Se opuso a las pretensiones incoando las excepciones de mérito denominadas inexistencia del derecho y de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe,

prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir las obligaciones pretendidas, improcedencia de condena en costas, innominada o genérica (Págs. 148-168, *ídem*).

Posteriormente, por auto proferido el 20 de abril de 2021, se ordena la vinculación de las AFP Skandia SA y Protección SA, en calidad de litisconsorte necesario, ordenando la notificación a estas accionadas.

Skandia SA, en su contestación manifestó que no consta de los hechos de la demanda. Se opuso a las pretensiones e invocó como excepciones: buena fe, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, pago y la genérica (Págs. 176-198, *ídem*).

Protección SA, al contestar aceptó el hecho de la fecha de nacimiento del afiliado; de los demás hechos dijo no constarle por tratarse de circunstancias ajenas a dicha entidad en las que no tiene injerencia.

Se opuso a las pretensiones y para derruirlas formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, innominada o genérica (pdf. 05, *ídem*).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 9 de febrero de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de Régimen Pensional de la demandante señora INES RIVERA LLANOS, identificada con la C.C. No 21.013.511, a través del fondo administrado por las sociedades demandadas ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A, conforme lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES autorizar el traslado de la demandante señora INES RIVERA LLANOS, identificada con la C.C. No 21.013.511 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladada al RAIS; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

TERCERO: ORDENAR a ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A, trasladar con destino a COLPENSIONES los aportes efectuados por la demandante señora INES

RIVERA LLANOS, identificada con la C.C. No 21.013.511 en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, además de cualquier monto recibido con motivo de la afiliación de la convocante, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por la accionante; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento y aplicando la correspondiente indexación.

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

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A y sin que tampoco haya lugar a declarar probada la excepción de prescripción.

Con fundamento la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la CSJ, consideró que lo procedente era declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, en la medida en que las AFP demandadas no probaron haberle suministrado a la actora información relevante, veraz y completa, ni al momento de su afiliación ni en los cambios de AFP dentro del mismo RAIS, que los formularios de vinculación por sí solos no constituyen prueba suficiente para dar por establecido que la información fue veraz, ni menos se probó el consentimiento informado para tomar la decisión de traslado o la tesis de los actos de relacionamiento que muestren que fue interés de la demandante pertenecer al régimen de ahorro individual por los cambios que efectuó dentro del RAIS. Además, que, la permanencia de la demandante en diferentes administradoras del mismo régimen no puede declararse por ello una voluntad de mantenerse en el RAIS, así lo indicó: *«el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras privadas de este esquema»*.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Skandia SA solicita la revocatoria parcial frente a la orden de retornar los gastos de administración y los seguros previsionales, máxime que los últimos ya fueron trasladados en su oportunidad a la aseguradora que se trasladó la demandante; que en caso de no prosperar el recurso pide la prescripción de los gastos de administración porque no están destinados a cubrir la pensión de vejez.

Porvenir SA, expresó como motivos de inconformidad que se demostró que el traslado obedeció a una decisión voluntaria, recibió la debida reasesoría, y realizó traslados horizontales dentro del mismo RAIS; que la ineficacia no puede motivarse en la inconformidad con el monto de su mesada pensional a recibir en el RAIS, cuando ambos regímenes coexisten en el sistema general de pensiones en Colombia; que no podían

exigirle acreditar probatoriamente una asesoría cuando no existía norma que así lo requiriera para la fecha del traslado que debe analizarse bajo el principio de irretroactividad de la norma; que se encuentra la actora en prohibición para cambiarse de régimen. Que no hay lugar a la devolución de los gastos de administración ni de los seguros previsionales que tuvieron durante la administración de los recursos y que solo pertenecen al RAIS, que serían superiores a los del RPM y que significaría un enriquecimiento sin causa cuando no existe norma que disponga tal devolución y que los seguros ya fueron destinados e invertidos como lo exigía la ley; y solicita que se revoque la condena a la indexación de aportes ordenada, dado que esta se excluye o compensa los rendimientos financieros que se ordenó devolver; y que se revoque la condena en costas en razón de que su actuar ha sido precedido por el principio de buena fe.

Colpensiones manifestó en la sustentación del recurso, que la decisión de la actora fue libre y voluntaria, que la actora decidió afiliarse al RAIS y contrario a lo que manifestó en el interrogatorio que sí conocía las características y diferencias entre ambos regímenes; que no existe error que vicie el consentimiento, y que en realidad se presenta un error de derecho, y que los afiliados no pueden excusarse en el desconocimiento de la ley; que por la edad y para no violar el principio de estabilidad financiera, podría provocar la descapitalización del sistema. Solicita el relevo de las costas del proceso

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

La apoderada de Skandia SA formula sus alegaciones, reiterando la imposibilidad de reintegrar los gastos de administración, asegurando que *«ordenar el reintegro de dicha comisión es una clara violación al principio constitucional de buena fe, confianza legítima y al Debido Proceso pues se ordena judicialmente devolver una suma que tiene un titular definido legalmente»*. Y en torno a la indexación, esta aseguró *«se encuentra la de garantizar una rentabilidad mínima en las cuentas de ahorro individual de sus afiliados, resulta incompatible ordenar indexación alguna, pues los recursos de la cuenta de ahorro individual del Demandante no se han visto afectados por la inflación y, por el contrario, han generado rendimientos»* (pdf. 06, C02).

El apoderado de **Porvenir SA insistió en sus argumentos del recurso**, expresando que no se configuraron los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional, dado que se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresó en el formulario de afiliación y la entidad cumplió con la normatividad vigente, pudiendo la accionante trasladarse en cualquier tiempo; que se apreció erróneamente el

deber de información. Respecto del pago de la devolución de los gastos de administración y de los seguros previsionales, recordó que tienen una destinación específica, y que los segundos fueron trasladados a la compañía aseguradora con la que se contrató la cobertura, con la finalidad de proporcionar al afiliado el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte, por ello las invirtió conforme con la estructura del RAIS: Cuestiona también la devolución de emolumentos indexados y la condena en costas en su contra (pdf. 08, ídem).

La apoderada de la demandante expuso que su poderdante *«es una persona que devengaba menos de 5 salarios mínimos, lo que a todas luces el traslado del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, AL DE AHORRO INDIVIDUAL, le era absolutamente desfavorable»*, añade que *«que con esa base de cotización, deba pensionarse en el FONDO PRIVADO, con un salario mínimo a diferencia de lo que efectivamente pueda recibir en Colpensiones que corresponde a lo sumo al 75% de ese ingreso base de cotización»*. Finalmente, destaca que *«al momento de realizarle el traslado el funcionario del fondo debió advertirla, no solo acerca de las ventajas, sino también de las desventajas de la decisión, lo cual no ocurrió como quedo plenamente probado»* (pdf. 11, ídem).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

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

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó el juez al declarar la ineficacia del traslado de la demandante Inés Rivera Llanos al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el 28 de diciembre de 1989, como lo acredita el reporte de semanas

cotizadas de Colpensiones (pág. 13 pdf. 01, C01); ii) el 1 de julio de 1994 **se trasladó al RAIS** administrado por **Colpatria** mediante la suscripción del formulario de afiliación el 3 de junio de 1994 (pág. 30 pdf. 05, *idem*), y presentó las siguientes migraciones dentro del RAIS: a ING hoy Protección SA mediante la suscripción del formulario de afiliación de la fecha 16 de marzo de 1999 (pág. 30 pdf. 05, *idem*), a la AFP Skandia SA mediante suscripción del formulario de afiliación de fecha 16 de septiembre de 2002 (pág. 30 pdf. 05, *idem*), y un nuevo retorno a Porvenir mediante afiliación del 27 de mayo de 2003, movimientos horizontales acreditados con el certificado de Asofondos.

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley, de acuerdo con la cual, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado debe estar precedida del cumplimiento de ese mandato, tal como lo dispone el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

(...)la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019).

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión

verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que la afiliada expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando todas las administradoras a las que estuvo vinculada, hoy convocadas a esta litis; incumplieron la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993, vigentes a la fecha del traslado y de la migración entre el RAIS.

De este modo, como la afiliada adujo la falta de información o la mala entrega de esta por parte de las AFP, éstas tienen sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: *«la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo»* (artículo 1604 CC), en ese orden, Skandia SA, Porvenir SA y Protección SA eran quienes debían probar en contrario, es decir, que sí proporcionaron la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado, porque cuentan con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, es decir, era quienes debían arrojar elementos de convicción respectivamente en el proceso que se brindó una asesoría personalizada y completa a la demandante al momento de su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular de la afiliada, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara

preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado de la afiliada. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021,CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que la afiliada hubiese suscrito el formulario de vinculación o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no liberan a las AFP de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

El argumento referente a que se impone una obligación inexistente al momento de la vinculación no es acertado por cuanto desde la creación de las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

En sus deberes estaba informar, por ejemplo, de las diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones

aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle a la afiliada **con detalle**, las ventajas y desventajas de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria. Labor que debe trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -art. 10 D.720/94- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Porvenir SA, Protección SA, Skandia SA y Colpensiones insistieron en sus alegatos que a la demandante le brindaron la asesoría requerida suficiente para el caso, y destacaron que tenía conocimiento de ambos regímenes, la Sala no encuentra demostración que rebata la negación indefinida de la actora de que no la recibió. Observándose que no confesó ni aceptó que conocía el régimen, por el contrario, solo permitió evidenciar un conocimiento vago o somero, mas no que conociera todas las características de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias que implicaba su traslado.

Bajo tales premisas, la Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que la demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

Bajo esa tesitura, la declaración de ineficacia de traslado implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado «*bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida*» (CSJ SL1689-2017).

Reflexiona la Corporación que la consecuencia jurídica es que **todos aquellos actos jurídicos que se celebraron con posterioridad a la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo que Porvenir SA, Skandia y

Protección trasladen a Colpensiones no solo el saldo de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, sino también, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, **sin que ninguna de las AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización**, como lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P. Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

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

Frente a lo correspondiente con la orden de indexación de las condenas, a la cual también se opuso la AFP Porvenir SA, se conceptúa que hay lugar a la indexación de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, ceñida a los parámetros establecidos recientemente por nuestro órgano de cierre, en sentencias SL 359-2021 y especialmente la SL 950 de 2022, en las que se señala:

... Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por esto mismo, la Sala ha adocinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos

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

Por consiguiente, se revocará parcialmente la orden a la AFP Porvenir de devolver a Colpensiones los conceptos ordenados por gastos de administración, primas de seguros previsionales y el fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y excluyendo el pago indexado de los aportes.

2.6. PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

Se hace énfasis, que a pesar de lo manifestado por la apoderada de Skandia SA, sobre la prescripción de los gastos de administración, éstos como se indicó con anterioridad no prescriben, atendiendo que no se trata de un crédito u obligación que surjan de una prestación; y que su devolución procede precisamente ante la ineficacia declarada en este proceso (CSJ SL950-2022, CSJ SL845-2022, CSJ 5595-2021).

2.7 COSTAS PROCESALES.

Con relación al punto de impugnación relativo a la imposición de las costas impuestas a cargo de Colpensiones, debemos tener en cuenta que la condena que se emite en su contra no es por su actuar negligente u omisivo, sino que es la consecuencia de la ineficacia de una afiliación por la desidia que tuvo un tercero, en este caso la AFP, con la demandante; así que las condenas que hoy asume Colpensiones surgen de la declaratoria de ineficacia, por lo que no hay lugar a condenar a esta codemandada a las

costas de primera instancia, y en tal sentido se revocará parcialmente el numeral quinto de la sentencia objeto de alzada.

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

Costas de segunda instancia a cargo de Skandia SA y en favor de la demandante, por resultar vencida en el recurso, las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 para cada una de las recurrentes vencidas; sin costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir dada la prosperidad parcial de los recursos.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

PRIMERO: Revocar parcialmente el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 9 de febrero de 2023 dentro del proceso promovido por **Inés Rivera Llanos** contra las AFP Porvenir SA, Protección SA, Colfondos SA, Skandia SA y Colpensiones, para en su lugar:

TERCERO: ORDENAR a ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A, trasladar con destino a COLPENSIONES los aportes efectuados por la demandante señora INES RIVERA LLANOS, identificada con la C.C. No 21.013.511 en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar y el bono pensional sin que sean indexados; y, solo se devolverán indexados los gastos de administración, seguros previsional y el fondo de garantía de pensión mínima, conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

SEGUNDO: Confirmar la sentencia a lo demás, por las razones antes anotadas.

TERCERO: Costas de segunda instancia a cargo de Skandia SA y en favor de la demandante, por resultar vencida en el recurso, las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 para cada una de las recurrentes vencidas; sin costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir dada la prosperidad parcial de los recursos.

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

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



DEMANDANTE:	Luz Nelly Chaparro Barreto.
DEMANDADA:	Colpensiones, Porvenir SA, Colfondos SA
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Adiciona y confirma
RADICADO Y LINK:	11001310501720200043501 11001310501720200043501

En Bogotá DC, a los veintidós (22) días de marzo de dos mil veinticuatro (2024), la **Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados** Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, **y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver los recursos de apelación interpuestos por la administradora Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de ésta, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el proceso ordinario adelantado por la señora **Luz Nelly Chaparro Barreto** en contra de **Porvenir SA, Colfondos SA y Colpensiones**.

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

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende la demandante se declare la ineficacia de su vinculación y traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPMPD- administrado por el ISS hoy Colpensiones al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por Porvenir, y sus posteriores migraciones dentro del RAIS a Colfondos; así como que se ordene el retorno a Colpensiones y su afiliación sin solución de continuidad. En consecuencia, se ordene a Porvenir trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos, y a Colpensiones a recibir los aportes y actualizar la historia laboral; extra y ultra petita; costas (pág. 2, pdf. 01, C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que se trasladó del RPM administrado por el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones al RAIS a la AFP Colfondos en 1995 y posteriormente a Porvenir en 2008; pero la decisión no fue informada, autónoma y consciente, ya que en ningún momento se le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional por ninguno de los dos fondos privados. Aseveró haber solicitado a Porvenir la ineficacia de afiliación, que fue negada; así como agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones, pero fue despachada desfavorablemente.

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Colpensiones se opuso a lo pretendido por la demandante; en relación con los hechos, aceptó la afiliación, y el agotamiento de la reclamación administrativa; el resto manifestó no constarles por ser hechos ajenos a esa administradora. Para enervar las pretensiones, formuló las excepciones de mérito denominadas inexistencia del derecho y de la obligación para regresar al RPMPD, error de derecho no vicia el consentimiento, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, innominada o genérica (pdf. 05, *ídem*).

Porvenir SA aceptó la afiliación y la reclamación que se le presentó a la entidad; y especificó que la decisión de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad fue libre, voluntaria y sin presiones. Y negó los hechos referentes a una indebida información suministrada al momento de la vinculación a ese fondo, y que le indicaron los pormenores del funcionamiento, condiciones y características del RAIS en comparación con el RPM.

Para derruir las excepciones formuló como excepciones las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe (pdf. 6, *ídem*).

Colfondos SA. al contestar aceptó el hecho de afiliación a la AFP; de los demás hechos dijo no constarle por tratarse de circunstancias ajenas a dicha entidad en las que no tiene injerencia. Se opuso a las pretensiones y para derruirlas formuló las excepciones de buena fe, compensación y pago, innominada o genérica (pdf. 07, *ídem*).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 25 de agosto de 2022, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, y prescripción, propuestas por las demandadas, según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR que el traslado de la señora Luz Nelly Chaparro Barreto identificada con la CC 51877836, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad- RAIS, a través de COLFONDOS SA, fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.

TERCERO: DECLARAR que la demandante señora Chaparro Barreto, se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas.

CUARTO: ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación de la demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, gastos de administración o comisiones de administración, todo lo anterior con sus frutos, rendimientos e intereses, en la forma como se indicó en la parte considerativa, debiendo incluso asumir los gastos de administración de su propio patrimonio.

QUINTO: ORDENAR a su vez a COLFONDOS S.A., también devolver a COLPENSIONES los gastos de administración y comisiones que en su momento descontó, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, valores que deberán ser devueltos debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo vinculada con esa entidad; lo anterior conforme lo expuesto en precedencia.

SEXTO: ORDENAR a COLPENSIONES, recibir el traslado de fondos que efectúen a su favor las codemandadas PORVENIR S.A., y COLFONDOS S.A., y convalidarlos en su historia laboral.

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

Con fundamento la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la CSJ, consideró que lo procedente era declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, en la medida en que las AFP demandadas no probaron haberle suministrado a la actora información relevante, veraz y completa, ni al momento de su afiliación ni en los cambios de AFP dentro del mismo RAIS, que los formularios de vinculación por sí solos no constituyen prueba suficiente para dar por establecido que la información fue veraz, ni menos se probó el consentimiento informado para tomar la decisión de traslado o la tesis de los actos de relacionamiento que muestren que fue interés de la demandante pertenecer al régimen de ahorro individual por los cambios que efectuó dentro del RAIS. En consecuencia, el a quo no solo ordenó el traslado de aportes, sino también los gastos de administración, primas de reaseguro y el

fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados. Por último, emite condena en costas en contra de Colfondos, Porvenir y Colpensiones.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones manifestó en la sustentación del recurso, cuestiona la decisión únicamente respecto a la condena en costas, por lo que, solicita el relevo de costas, por ser una entidad que no intervino de forma directa en la decisión del traslado.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

La apoderada de la demandante pide que se confirme la decisión proferida por el Juzgado de primer grado, toda vez que Colfondos y Porvenir no brindó la asesoría necesaria, y en este caso a su juicio las AFP no acreditaron que cumplieron con su deber de información (pdf. 5, C02).

El apoderado de Porvenir SA fundamenta sus alegatos en que el traslado efectuado al RAIS se realizó de manera libre, voluntaria y consciente, aseverando que la afiliada recibió la asesoría suficiente que le permitiría comprender los efectos del acto de traslado.

Insistió en que, aunque no presentó oposición al fallo proferido, deben revocarse los puntos de la sentencia sobre el cumplimiento del deber de información, la devolución de gastos de administración y sumas previsionales, de las restituciones mutuas y que el demandante era capaz legalmente para decidir su traslado al RAIS (pdf. 6, ídem).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

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

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó el juez al declarar la ineficacia del traslado de la demandante Luz Nelly Chaparro Barreto al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el 31 de marzo de 1987, como lo acredita la historia laboral aportada con la demanda; ii) el 1 de noviembre de 1995 **se trasladó al RAIS** administrado por **Colfondos** mediante la suscripción del formulario de afiliación el 31 de octubre de 1995 (pág. 23, pdf. 06, *ídem*), y presentó las siguientes migraciones dentro del RAIS: a Porvenir SA mediante la suscripción del formulario de afiliación de la fecha 18 de abril de 2008.

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley, de acuerdo con la cual, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado debe estar precedida del cumplimiento de ese mandato, tal como lo dispone el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

(...)la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019).

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar a la usuaria que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que la afiliada expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando todas las administradoras a las que estuvo vinculada, hoy convocadas a esta litis; incumplieron la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993, vigentes a la fecha del traslado y de la migración entre el RAIS.

De este modo, como la afiliada adujo la falta de información o la mala entrega de esta por parte de las AFP, éstas tienen sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: *«la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo»* (artículo 1604 CC), en ese orden, Porvenir SA y Colfondos SA eran quienes debían probar en contrario, es decir, que sí proporcionaron la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado, porque cuentan con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, es decir, era quienes debían arrojar elementos de convicción respectivamente en el proceso que se brindó una asesoría personalizada y completa a la demandante al momento de su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular de la afiliada, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno

cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado de la afiliada. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que la afiliada hubiese suscrito el formulario de vinculación o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no liberan a las AFP de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

El argumento referente a que se impone una obligación inexistente al momento de la vinculación no es acertado por cuanto desde la creación de las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

En sus deberes estaba informar, por ejemplo, de las diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha

de expedición de la Ley 100 de 1993, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiaria del régimen de transición pensional y las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle a la afiliada **con detalle**, las ventajas y desventajas de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria. Labor que debe trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -art. 10 D.720/94- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Porvenir SA insiste en sus alegatos que a la demandante le brindaron la asesoría requerida suficiente para el caso, y destacaron que tenía conocimiento de ambos regímenes, la Sala no encuentra demostración que rebata la negación indefinida de la actora de que no la recibió. Observándose que no confesó ni aceptó que conocía el régimen, por el contrario, solo permitió evidenciar un conocimiento vago o somero, mas no que conociera todas las características de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias que implicaba su traslado.

Bajo tales premisas, la Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que la demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

Bajo esa tesitura, la declaración de ineficacia de traslado implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado «*bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida*» (CSJ SL1689-2017).

Reflexiona la Corporación que la consecuencia jurídica es que **todos aquellos actos jurídicos que se celebraron con posterioridad a la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo que Porvenir SA y Colfondos trasladen a Colpensiones no solo el saldo de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, sino también, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, **sin que ninguna de las AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización**, como lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P Gerardo Botero Zuluaga.

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

Frente a lo correspondiente con la orden de indexación de las condenas, se conceptúa que hay lugar a la indexación de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, ceñida a los parámetros establecidos recientemente por nuestro órgano de cierre, en sentencias SL 359-2021 y especialmente la SL 950 de 2022, en las que se señala:

... Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de

prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Lo anterior si se entiende que los rendimientos de los aportes compensan la pérdida del valor adquisitivo de los aportes, dependa de que los mismos se causen y si se tiene en cuenta que son factores de que dependen de las variables económicas del mercado, pueden causarse o no, por ello ante la falta de certeza de su existencia, es con la indexación que se solventa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por consiguiente, se confirmará la orden a la AFP de devolver a Colpensiones todos los conceptos ordenados en primera instancia, debidamente indexados.

En sede del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, la Sala adicionará la decisión para precisar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Porvenir, deberán hacerse con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida, y entregando la historia laboral de la afiliada con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, *“...junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen ...”*.

2.6. PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

2.7 COSTAS PROCESALES.

Con relación a la imposición de las costas a cargo de Colpensiones, debemos tener en cuenta que la condena que se emite en su contra no es por su actuar negligente u omisivo, sino que es la consecuencia de la ineficacia de una afiliación por la desidia que tuvo un tercero, en este caso la AFP, con la demandante; así que las condenas que hoy asume Colpensiones surgen de la declaratoria de ineficacia, por lo que no hay lugar a condenar a esta codemandada a las costas de primera instancia, y en tal sentido se revocará parcialmente el numeral quinto de la sentencia objeto de alzada.

Sin costas en esta instancia a cargo de Colpensiones dada la prosperidad parcial de los recursos.

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

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

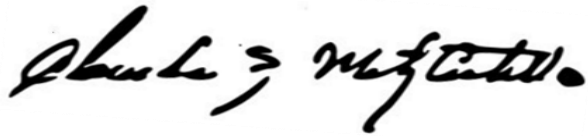
PRIMERO: Adicionar el numeral cuarto y quinto de la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 25 de agosto de 2022 dentro del proceso promovido por **Luz Nelly Chaparro Barreto** contra las AFP Porvenir SA, Colfondos SA y Colpensiones, para precisar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Porvenir, deberán hacerse con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida, y entregando la historia laboral de la afiliada con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, “...*junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen ...*”, como se expuso en la parte considerativa.

SEGUNDO: Confirmar la sentencia a lo demás, por las razones antes anotadas.

TERCERO: Sin costas en ambas instancias a cargo de Colpensiones dada la prosperidad parcial de los recursos y la revocatoria parcial de la condena en primera instancia.

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

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



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

DEMANDANTE:	Gloria Patricia Ruíz Betancourt
DEMANDADA:	Colpensiones y Protección
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Adiciona y confirma
RADICADO Y LINK:	11001310501820200019301 11001310501820200019301

En Bogotá DC, a los veintidós (22) días de marzo de dos mil veinticuatro (2024), la Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los **Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver los recursos de apelación interpuestos por **Colpensiones**, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de esta, frente a la decisión adoptada por el **Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá DC**, en el proceso ordinario adelantado por la señora **Gloria Patricia Ruíz Betancourt** en contra de las demandadas.

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

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende la demandante la declaratoria de nulidad o ineficacia de su vinculación y traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por AFP Protección desde junio de 1998; que se declare que permanecido afiliada sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPM- hoy administrado por Colpensiones. En consecuencia, se ordene a Protección SA, trasladar a Colpensiones la totalidad de los

aportes junto con sus rendimientos y/o intereses moratorios y a Colpensiones a recibir los aportes; extra y ultra petita; costas y agencias en derecho (pág. 8, pdf. 01, C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones desde diciembre de 1985 hasta junio de 1998 cuando se trasladó al RAIS a través de Protección (Pág. 4-7, *idem*); pero que dicha decisión no fue informada, autónoma y consciente, ya que no se le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional. Señaló que solicitó la nulidad de la afiliación ante Colpensiones y Protección SA, y que fue despachada desfavorablemente.

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda, pero aceptó los hechos relacionados a la fecha de nacimiento de la demandante, a la vinculación al RPMPD; que el actor presentó el agotamiento de la reclamación administrativa, solicitud que fue negada. Se opuso a las pretensiones de la demanda y para derruirlas formuló las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, innominada o genérica (pdf. 07, *ídem*).

Protección contestó que son ciertos los hechos referentes a la afiliación a la AFP Protección, además de negar los hechos respecto al traslado, en cuanto a que según su dicho se hizo de forma informada, que nunca faltó al deber de información, y que la decisión de afiliación fue libre y voluntaria. Se opuso a las pretensiones de la demanda. Formuló como excepciones las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando

se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa de buena fe, innominada o genérica (pdf. 09, idem).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 2 de mayo de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación de la señora GLORÍA PATRICIA RUIZ BETANCOURT identificada con cédula de ciudadanía No. 51.851.355, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., el 01 de junio de 1998 con fecha de efectividad 1 de agosto del mismo año, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora GLORÍA PATRICIA RUIZ BETANCOURT identificada con cédula de ciudadanía No. 51.851.355, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, a trasladar dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES—COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante GLORÍA PATRICIA RUIZ BETANCOURT identificada con cédula de ciudadanía No. 51.851.355, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos y de más emolumentos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por lo que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES—COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha 23 de diciembre de 1985, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de su pensión a futuro de la demandante la señora GLORÍA PATRICIA RUIZ BETANCOURT, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.851.355, en el régimen de prima media con prestación definida una vez se encuentre ejecutoriado el presente fallo

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, el Despacho se releva de los demás medios exceptivos propuestos por la parte demandada COLPENSIONES y PROTECCIÓN

SEXTO: COSTAS de esta instancia a cargo de las demandadas ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. en favor de la parte demandante en la suma de \$1.500.000. Sin costas a cargo de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Consideró que conforme a la línea jurisprudencial de la Corte, era menester declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional surtido por la demandante, en la medida en que la AFP no demostró haberle suministrado a la actora información relevante, veraz y completa respecto del cambio de régimen y las modalidades de pensión en ese régimen, y que los formularios de vinculación por sí solos no constituyen prueba suficiente para dar por establecido que la información fue veraz, ni menos se probó el

consentimiento informado para tomar la decisión de traslado la afectación del riesgo de la sostenibilidad financiera.

Respecto a las consecuencias o restituciones producto del traslado, el a quo dispuso que Protección SA, que traslade a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos y de más emolumentos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por lo que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Y que Colpensiones, acepte dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha 23 de diciembre de 1985, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones apeló la decisión, argumentando que la afiliada se afilió de forma voluntaria al RAIS, y cuestiona la decisión de que se hubiese manteniéndose más de 20 años en dicho régimen, y que pretenda a la fecha regresar al RPMPD, a pesar de que a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 no tenía expectativas de pensionarse, ni era beneficiaria del régimen de transición del RPMPD.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante expone sus argumentos en las razones fácticas que les llevaron a promover este litigio, asegura que la afiliada no recibió la información suficiente, amplia y oportuna, y que no fue informada del traslado efectuado. Aduce que el tener la condición de profesional en artes, con especialidad en sistemas de información y gestión documental, no le hace que tenga conocimientos específicos sobre el tema pensional.

Colpensiones apeló la decisión, argumentando que resulta inverosímil que la demandante, hubiese evidenciado las irregularidades en su traslado sin haber formulado duda o inquietud de la decisión tan importante que ello implicaba, y no fue

sino hasta haber acreditado la edad exigida por la ley para para acceder a la pensión de vejez, decida solicitar nuevamente el traslado de regímenes aduciendo engaño por parte de la AFP.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

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

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó el juez al declarar la ineficacia del traslado de la demandante Gloria Patricia Ruíz Betancourt al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 25 de noviembre de 1965 (pág. 21, pdf. 01, C01); ii) cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el 23 de diciembre de 1985 (pág. 22 a 25, *ídem*); iii) el 1 de agosto de 1998 se trasladó al RAIS administrado por Protección SA mediante la suscripción del formulario de afiliación fechado 1 de junio de 1998 (pág. 61, pdf. 09, *ídem*), como se acredita con la historial laboral de Protección SA (pág. 49, *idem*) administradora en la que actualmente se encuentra afiliada con un total de 1120,29 semanas conforme la historia laboral aportada.

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley, y en virtud de ésta norma, cualquier persona que atente

contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado tiene que estar precedida del cumplimiento de ese mandato, tal como lo dispone el artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

(...)la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019).

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que la afiliada expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando la administradora incumplió la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993, vigentes a la fecha del traslado y de la migración entre el RAIS.

De este modo, como la afiliada adujo la falta de información o la mala entrega de ésta por parte de la AFP, la administradora tiene sobre sí la carga de demostrar el

cumplimiento de esa obligación, por cuanto: *«la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo»* (artículo 1604 CC), en ese orden, Protección SA es quien debe probar en contrario, es decir, que sí proporcionó la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado. Como la entidad cuenta con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrece, era quien debía probar que brindó una asesoría integral y completa a la demandante al momento de su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular de la afiliada, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado de la afiliada. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que la afiliada hubiese suscrito el formulario de vinculación o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que *«la afiliación se hace libre y voluntaria»*, *«se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones»* u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no liberan a las AFP de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero

no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

El argumento referente a que se impone una obligación inexistente al momento de la vinculación no es acertado por cuanto desde la creación de las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

En sus deberes estaba informar, verbigracia, las diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiaria del régimen de transición pensional y las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle a la afiliada **con detalle**, las **ventajas y desventajas** de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria.

Luego hay que insistir en que, la labor del funcionario del fondo privado de pensiones en el momento previo a hacer efectivo el traslado de régimen, debe trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -art. 10 D.720/94- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Protección SA haya afirmado al contestar la demanda que a la demandante le brindaron la asesoría requerida suficiente para el caso, y del derecho que tenía de trasladarse de régimen pensional, la Sala no encuentra demostración de que rebata la negación indefinida de la actora que no la recibió. La demandante no confesó ni aceptó que conocía el régimen, que al adquirir un nuevo empleo firmó unos

documentos, que resultaron ser su afiliación al RAIS, indicando que no hubo una explicación profunda, por el contrario, dijo que no sabía efectivamente todas las características de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado.

Por ello, la Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que la demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

La declaratoria de ineficacia implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado *«bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

Al declararse la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS, **todos los actos jurídicos que se celebraron tras la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo que Protección SA traslade a Colpensiones no solo los valores existentes en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, sino también, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima, **sin que la AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización, como lo** ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad

87915 del 16/03/2022, M.P Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P Gerardo Botero Zuluaga.

En sede de consulta en favor de Colpensiones, la Sala adicionará la decisión para precisar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Protección SA, deberán hacerse con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida, y entregando la historia laboral de la afiliada con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, “...*junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen ...*”.

2.6 COSTAS DEL PROCESO

Costas en esta instancia, por no haber prosperado el recurso interpuesto por la entidad Colpensiones. Fíjese como agencias en derecho la suma de \$1.300.000, a cargo de Colpensiones y en favor de la demandante.

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

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

PRIMERO: Adicionar el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 2 de mayo de 2023 dentro del proceso promovido por Gloria Patricia Ruíz Betancourt contra AFP Protección y Colpensiones, en cuanto a que AFP Protección deberá trasladar a **Colpensiones**, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante Gloria Patricia Ruiz Betancourt identificada con cédula de ciudadanía No. 51.851.355, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos y de más emolumentos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima,

debidamente indexados, además los gastos de administración, estos también indexados, la historia laboral de la afiliada con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, según las consideraciones de esta sentencia.

QUINTO: Costas en esta instancia, por no haber prosperado el recurso interpuesto por la entidad Colpensiones. Fíjese como agencias en derecho la suma de \$1.300.000, a cargo de Colpensiones y en favor de la demandante.

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

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

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



DEMANDANTE:	Isabel Bonilla Delgado
DEMANDADA:	Colpensiones y Colfondos SA
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Adiciona y confirma
RADICADO Y LINK:	11001310502820210021501 11001310502820210021501

En Bogotá DC, a los veintidós (22) días de marzo de dos mil veinticuatro (2024), la Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los **Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto por Colfondos, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de la segunda, frente a la decisión adoptada por el **Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá DC**, en el proceso ordinario adelantado por la señora **Isabel Bonilla Delgado** en contra de las demandadas.

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

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende la demandante la declaratoria de nulidad o ineficacia de su vinculación y traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por AFP Colfondos; que se declare que permanecido afiliada sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPM- hoy administrado por Colpensiones. En consecuencia, se ordene a Colfondos SA, trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos y/o intereses moratorios y a Colpensiones a recibir los aportes; extra y ultra petita; costas y agencias en derecho (pág. 1-2, pdf. 01, C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que fue trasladada al RAIS el día 1 de septiembre de 1997; pero que dicha decisión no fue informada, ya que no se le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional. Señaló que solicitó la ineficacia de la afiliación ante Colpensiones, y que fue despachada desfavorablemente.

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda, pero aceptó el hecho referente a la fecha de nacimiento de la demandante, y, el resto manifestó no constarles. Para derribar las pretensiones formuló las excepciones de inexistencia afectación por protección judicial, perfeccionamiento de actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento de nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad, innominada o genérica (pdf. 07, *ídem*).

Colfondos SA contestó que es cierto el hecho del traslado al RAIS, pero no son ciertos los hechos respecto al traslado, e indicó que se hizo de forma informada, libre y voluntaria. Se opuso a las pretensiones de la demanda. Formuló como excepciones las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación, prescripción, prescripción de la acción de nulidad, compensación y pago, innominada o genérica (pdf. 09, *ídem*).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 15 de mayo de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora ISABEL BONILLA DELGADO al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1° de octubre de 1997, por intermedio de COLFONDOS S.A. PENSIONES y CESANTIAS y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la COLFONDOS S.A. PENSIONES y CESANTIAS., a trasladar los aportes pensionales o cotizaciones contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora ISABEL BONILLA DELGADO identificada con C.C. No. 52.580.648 con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, junto con las sumas recibidas por bonos pensionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado, discriminando con sus respectivos valores el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante con cargo a sus propios recursos, y con destino a COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

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

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

Consideró que conforme a la línea jurisprudencial de la Corte, que la omisión en la información para la escogencia del régimen trae como consecuencia la ineficacia del traslado de régimen pensional surtido por la demandante, en la medida en que la AFP no demostró haberle suministrado a la actora información relevante, veraz y completa respecto del cambio de régimen y las modalidades de pensión en ese régimen, y que los formularios de vinculación por sí solos no constituyen prueba suficiente para dar por establecido que la información fue veraz, ni menos se probó el consentimiento informado para tomar la decisión de traslado la afectación del riesgo de la sostenibilidad financiera.

Por otra parte, emitió condena en contra de ambas demandadas y en favor de la demandante.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Colfondos pide la revocatoria de la decisión, asegurando que el criterio jurisprudencial no se puede aplicar a la demandante, por lo que, debe evaluarse el caso específico, indicando que la afiliación de la demandante fue voluntaria y espontanea. Se opone a la devolución de gastos de administración, y al pago de las sumas por concepto de primas previsionales. Y además se opone a la indexación de estas sumas.

Colpensiones presenta recurso, cuestionando la condena en costas en contra de la entidad.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado de la parte **demandante** solicitó la confirmación de la decisión, destacando los precedentes de la sentencia SL 1689 de 2019, SL 14522 de 2019 y STL 3186 de 2020 (pdf. 05, C02).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

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

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó el juez al declarar la ineficacia del traslado de la demandante Isabel Bonilla Delgado al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 26 de marzo de 1970 (pág. 21, pdf. 01, C01); ii) cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones (pág. 79, *ídem*); iii) el 1 de septiembre de 1997 se trasladó al RAIS administrado por Colfondos SA (pág. 91, *ídem*), como se acredita con la historial

laboral de Colfondos SA (pág. 92 a 112, idem) administradora en la que está afiliada y reporta 1560 semanas conforme la historia laboral aportada.

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley, y en virtud de ésta norma, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado tiene que estar precedida del cumplimiento de ese mandato, tal como lo dispone el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

(...)la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019).

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que la afiliada expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando la administradora incumplió la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993.

De este modo, como la afiliada adujo la falta de información o la mala entrega de ésta por parte de la AFP, la administradora tiene sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: *«la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo»* (artículo 1604 CC), en ese orden, Colfondos SA es quien debe probar en contrario, es decir, que sí proporcionó la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado. Como la entidad cuenta con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrece, era quien debía probar que brindó una asesoría integral y completa a la demandante al momento de su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular de la afiliada, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado de la afiliada. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que la afiliada hubiese suscrito el formulario de vinculación o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no liberan a las AFP de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

El argumento referente a que se impone una obligación inexistente al momento de la vinculación no es acertado por cuanto desde la creación de las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

En sus deberes estaba informar, verbigracia, las diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 93, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle a la afiliada **con detalle**, las **ventajas y desventajas** de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria.

Luego hay que insistir en que, la labor del funcionario del fondo privado de pensiones en el momento previo a hacer efectivo el traslado de régimen, debe trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -art. 10 D.720/94- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Colfondos SA haya afirmado al contestar la demanda que a la demandante le brindaron la asesoría requerida suficiente para el caso, y del derecho que tenía de trasladarse de régimen pensional (pdf. 04, C01), la Sala no encuentra demostración de que rebata la negación indefinida de la actora que no la recibió. La demandante no confesó ni aceptó que conocía el régimen, que a su sitio de trabajo llegaron los empleados de Colfondos, aunque aseguró que su afiliación fue libre y voluntaria, indicó que no hubo una explicación profunda, por el contrario, dijo que no conocía las características de ambos regímenes, y menos las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado.

Por ello, la Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que la demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

La declaratoria de ineficacia implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado «*bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida*» (CSJ SL1689-2017).

Considera la Corporación que, al declararse la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS, **todos los actos jurídicos que se celebraron tras la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo que Colfondos SA traslade a Colpensiones no solo los valores existentes en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, sino también, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima, **sin que la AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización.**

Así lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P Gerardo Botero Zuluaga.

Ahora bien, ante la orden de traslado, y si bien no se solicitó como pretensión de la demanda la indexación, de conformidad con los parámetros establecidos en reciente jurisprudencia, esta Corporación en casos similares a este, ha ordenado que los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, sean trasladados debidamente indexados, a favor de Colpensiones y con cargo de los recursos propios de los fondos privados. Como se determinó en la sentencia SL-359 de 2021 y especialmente la SL-950 de 2022, en la que se señala:

... Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por consiguiente, se confirmará la devolución de todos los conceptos antes mencionados y que fueron ordenados en primera instancia, debidamente indexados.

En sede del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, la Sala adicionará la decisión para precisar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Colfondos SA, deberán hacerse con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida, y entregando la historia laboral de la afiliada con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, *“...junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen ...”*.

2.6. PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

2.7 COSTAS DEL PROCESO

Con relación al punto de impugnación relativo a la imposición de las costas impuestas a cargo de Colpensiones, debemos tener en cuenta que la condena que se emite en su contra no es por su actuar negligente u omisivo, sino que es la consecuencia de la ineficacia de una afiliación por la desidia que tuvo un tercero, en este caso la AFP, con la demandante; así que las condenas que hoy asume Colpensiones surgen de la declaratoria de ineficacia, por lo que no hay lugar a

condenar a esta codemandada a las costas de primera instancia, y en tal sentido se revocará parcialmente el numeral quinto de la sentencia.

Costas de segunda instancia a cargo de Colfondos y en favor de la demandante por no prosperar el recurso de apelación. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 pesos a cargo de esa entidad y en favor de la demandante. Sin costas en esta instancia para Colpensiones, por prosperar su recurso.

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

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

PRIMERO: Adicionar el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 7 de junio de 2023 dentro del proceso promovido por Isabel Bonilla Delgado contra AFP Colfondos y Colpensiones, en cuanto a que AFP Colfondos deberá trasladar a **Colpensiones**, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia, además de los conceptos dispuestos en la primera instancia y en esta sentencia debidamente indexados, la historia laboral del afiliado con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, según las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: Revocar parcialmente la condena en costas en primera instancia en contra de Colpensiones. Costas de segunda instancia a cargo de Colfondos, y en favor de la demandante por no prosperar el recurso de apelación. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 pesos para la recurrente.

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

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

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



DEMANDANTE:	María Patricia Wilches Ramírez
DEMANDADA:	Colpensiones y Porvenir SA
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Revoca, adiciona y confirma
RADICADO Y LINK:	11001310502820210053601 11001310502820210053601

En Bogotá DC, a los veintidós (22) días de marzo de dos mil veinticuatro (2024), la Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los **Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver los recursos de apelación interpuestos por Porvenir, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de la segunda, frente a la decisión adoptada por el **Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá DC**, en el proceso ordinario adelantado por la señora **María Patricia Wilches Ramírez** en contra de las demandadas.

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

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende la demandante la declaratoria de nulidad o ineficacia de su vinculación y traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por AFP Porvenir; que se declare que permanecido afiliada sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPM- hoy administrado por Colpensiones. En consecuencia, se ordene a Porvenir SA, trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos y/o intereses

moratorios y a Colpensiones a recibir los aportes; extra y ultra petita; costas y agencias en derecho (pág. 2, pdf. 01, C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que fue trasladada al RAIS el día 1 de junio de 1999; pero que dicha decisión no fue informada, ya que no se le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional. Señaló que solicitó la nulidad de la afiliación ante Colpensiones y Porvenir SA, y que fue despachada desfavorablemente.

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda, pero aceptó el hecho referente al agotamiento de la reclamación administrativa, solicitud que fue negada, y, el resto manifestó no constarles. Para derruir las pretensiones formuló las excepciones de inexistencia afectación por protección judicial, perfeccionamiento de actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento de nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad, innominada o genérica (pdf. 09, *ídem*).

Porvenir SA contestó que no son ciertos los hechos respecto al traslado, e indicó que se hizo de forma informada, libre y voluntaria. Se opuso a las pretensiones de la demanda. Formuló como excepciones las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe (pdf. 11, *idem*).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 15 de mayo de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora MARÍA PATRICIA WILCHES RAMÍREZ al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1° de junio de 1999, por intermedio de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen

de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de

esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar los aportes pensionales o cotizaciones contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora MARÍA PATRICIA WILCHES RAMÍREZ identificada con C.C. 52.223.183, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, junto con las sumas recibidas por bonos pensionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado, discriminando con sus respectivos valores el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante con cargo a sus propios recursos, y con destino a COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

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

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las demandadas COLPENSIONES Y PORVENIR S.A., se señalan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora.

Consideró que conforme a la línea jurisprudencial de la Corte, que la omisión en la información para la escogencia del régimen trae como consecuencia la ineficacia del traslado de régimen pensional surtido por la demandante, en la medida en que la AFP no demostró haberle suministrado a la actora información relevante, veraz y completa respecto del cambio de régimen y las modalidades de pensión en ese régimen, y que los formularios de vinculación por sí solos no constituyen prueba suficiente para dar por establecido que la información fue veraz, ni menos se probó el consentimiento informado para tomar la decisión de traslado la afectación del riesgo de la sostenibilidad financiera.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir pide la revocatoria de la decisión, asegurando que el criterio jurisprudencial no se puede aplicar de forma homogénea a todos los casos, e indica que la afiliación de la demandante fue voluntaria y espontánea. Se opone a la devolución de rendimientos, y al pago de las sumas por concepto de primas previsionales. Cuestiona la decisión de la restitución de las sumas indexadas, dado que para el recurrente no es viable por el reconocimiento de los rendimientos, que suplen la depreciación de los dineros.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado de la parte **demandante** solicitó la confirmación de la decisión, y pide la condena en costas para los apelantes en segunda instancia (pdf. 06, C02).

El apoderado de **Porvenir SA** expresó que no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional; también indica que a la demandante debía tener un deber de diligencia, a efectos de que al inicio o a lo largo de su permanencia en el RAIS, indagar y/o cuestionar los conceptos y eventos propios del régimen elegido para objetar la gestión del fondo y reconsiderar su decisión dentro de la oportunidad legal (pdf. 08, *idem*).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

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

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó el juez al declarar la ineficacia del traslado de la demandante María Patricia Wilches Ramírez al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 26 de mayo de 1974 (pág. 6, pdf. 01, C01); ii) cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones desde el 15 de julio de 1993 al 30 de mayo de 1999 (pág. 36, pdf. 10, *ídem*); iii) el 1 de junio de 1999 se trasladó al RAIS administrado por Colpatria hoy Porvenir SA mediante la suscripción del formulario de afiliación fechado 15 de abril de 1999 (pág. 23, pdf. 11, *ídem*), como se acredita con la historial laboral de Porvenir SA (pág. 25, *idem*) administradora en la que está afiliada y reporta 919 semanas conforme la historia laboral aportada.

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o

jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley, y en virtud de ésta norma, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado tiene que estar precedida del cumplimiento de ese mandato, tal como lo dispone el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

(...)la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019).

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que la afiliada expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando la administradora incumplió la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993.

De este modo, como la afiliada adujo la falta de información o la mala entrega de ésta por parte de la AFP, la administradora tiene sobre sí la carga de demostrar el

cumplimiento de esa obligación, por cuanto: «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*» (artículo 1604 CC), en ese orden, Porvenir SA es quien debe probar en contrario, es decir, que sí proporcionó la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado. Como la entidad cuenta con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrece, era quien debía probar que brindó una asesoría integral y completa a la demandante al momento de su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular de la afiliada, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado de la afiliada. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que la afiliada hubiese suscrito el formulario de vinculación o que en el mismo se empleen leyendas o afirmaciones tales como que «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otras similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos, no liberan a las AFP de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

El argumento referente a que se impone una obligación inexistente al momento de la vinculación no es acertado por cuanto desde la creación de las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

En sus deberes estaba informar, verbigracia, las diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 93, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle a la afiliada **con detalle**, las **ventajas y desventajas** de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria.

Luego hay que insistir en que, la labor del funcionario del fondo privado de pensiones en el momento previo a hacer efectivo el traslado de régimen, debe trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -art. 10 D.720/94- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Porvenir SA haya afirmado al contestar la demanda que a la demandante le brindaron la asesoría requerida suficiente para el caso, y del derecho que tenía de trasladarse de régimen pensional (pdf. 04, C01), la Sala no encuentra demostración de que rebata la negación indefinida de la actora que no la recibió. La demandante no confesó ni aceptó que conocía el régimen, que a la Universidad llegaron los empleados de Porvenir, aunque aseguró que su afiliación fue libre y voluntaria, indicó que no hubo una explicación profunda, por el contrario, dijo que no conocía las características de ambos regímenes, y menos las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado.

Por ello, la Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que la demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

La declaratoria de ineficacia implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado *«bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

Considera la Corporación que, al declararse la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS, **todos los actos jurídicos que se celebraron tras la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo que Porvenir SA traslade a Colpensiones no solo los valores existentes en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, sino también, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima, **sin que la AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización.**

Así lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P Gerardo Botero Zuluaga.

Ahora bien, ante la orden de traslado, y si bien no se solicitó como pretensión de la demanda la indexación, de conformidad con los parámetros establecidos en reciente

jurisprudencia, esta Corporación en casos similares a este, ha ordenado que los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, sean trasladados debidamente indexados, a favor de Colpensiones y con cargo de los recursos propios de los fondos privados. Como se determinó en la sentencia SL-359 de 2021 y especialmente la SL-950 de 2022, en la que se señala:

... Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por consiguiente, se confirmará la devolución de todos los conceptos antes mencionados y que fueron ordenados en primera instancia, debidamente indexados.

En sede del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, la Sala adicionará la decisión para precisar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Porvenir SA, deberán hacerse con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida, y entregando la historia laboral de la afiliada con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, “...*junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen* ...”.

2.6. PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

2.7 COSTAS DEL PROCESO

Con relación al punto de impugnación relativo a la imposición de las costas impuestas a cargo de Colpensiones, debemos tener en cuenta que la condena que se emite en su contra no es por su actuar negligente u omisivo, sino que es la consecuencia de la ineficacia de una afiliación por la desidia que tuvo un tercero, en este caso la AFP, con la demandante; así que las condenas que hoy asume Colpensiones surgen de la declaratoria de ineficacia, por lo que no hay lugar a condenar a esta codemandada a las costas de primera instancia, y en tal sentido se revocará parcialmente el numeral quinto de la sentencia.

Costas de segunda instancia a cargo de Porvenir y en favor de la demandante por no prosperar el recurso de apelación. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 pesos a cargo de esa entidad y en favor de la demandante.

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

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

PRIMERO: Adicionar el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 15 de mayo de 2023 dentro del proceso promovido por María Patricia Wilches Ramírez contra AFP Porvenir y Colpensiones, en cuanto a que AFP Porvenir deberá trasladar a **Colpensiones**, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia, además de los conceptos dispuestos en la primera instancia y en esta sentencia debidamente indexados, la historia laboral del afiliado con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, según las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: Revocar parcialmente la condena en costas en primera instancia en contra de Colpensiones. Costas de segunda instancia a cargo de Porvenir, y en favor de la

demandante por no prosperar el recurso de apelación. Las agencias en derecho se fijan en \$1.300.000 pesos para la recurrente.

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

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

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



DEMANDANTE:	Teodulia Floralba Obando Sotelo
DEMANDADA:	Colpensiones, Protección y Porvenir.
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Confirma y adiciona
RADICADO Y LINK:	11001310503820210022401 11001310503820210022401

En Bogotá DC, a los veintidós (22) días de marzo de dos mil veinticuatro (2024), la Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los **Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada Porvenir y **Colpensiones**, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de esta última, frente a la decisión adoptada por el **Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá DC**, en el proceso ordinario adelantado por la señora **Teodulia Floralba Obando Sotelo** en contra de las demandadas.

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

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende la demandante la declaratoria de nulidad o ineficacia de su vinculación y traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por AFP Porvenir; que se declare que permaneció afiliada sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPM- hoy administrado por Colpensiones. En consecuencia, se ordene a Porvenir y Protección, trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos y/o intereses moratorios y a Colpensiones a recibir los aportes; extra y ultra petita; costas y agencias en derecho (págs. 9-10, pdf. 01, C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que estuvo afiliada al RPMPD con el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones desde el 30 de mayo de 1985 al 30 de junio de 1999; Que el 30 de junio de 1999, firmó formulación de afiliación para el traslado al RAIS a través de Porvenir; pero que dicha decisión no fue informada, autónoma y consciente, ya que no se le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional. Señaló que solicitó la nulidad de la afiliación ante Colpensiones y Porvenir, y que fue despachada desfavorablemente.

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Porvenir se opone a lo pretendido con la demanda; niega los hechos referentes a la falta de información, aclarando que la misma fue suficiente, completa y veraz; aceptó el hecho que presentó el agotamiento de la reclamación administrativa, solicitud que fue negada. Para enervar las pretensiones de la demanda formula las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe (pdf. 20, *ídem*).

Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda, pero aceptó los hechos de la fecha de nacimiento de la actora, que estuvo afiliado al ISS pero aclara que lo fue desde el 25 de enero de 1989, sin embargo, no le constan los hechos relacionados con el traslado al RAIS, y declara como cierto que el actor realizó el agotamiento de la reclamación administrativa, la cual, no fue atendida de forma favorable por esta entidad. Formuló las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 de 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, imposibilidad jurídica para cumplir las obligaciones pretendidas, innominada o genérica (pdf. 06, *ídem*).

Por auto del 11 de noviembre de 2022, el Juez de primer grado tuvo por no contestada la demanda por parte de la entidad Protección SA.

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante sentencia del 29 de marzo de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por la señora TEODULIA FLORALBA OBANDO SOTELO con destino A.F.P. PORVENIR S.A. con ocasión de la suscripción del formulario de afiliación el 30 de junio de 1999. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y a las A.F.P. PORVENIR S.A. y A.F.P. PROTECCIÓN S.A., que conjunta y coordinadamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar con destino al Régimen de Prima Media con Presión Definida administrado por COLPENSIONES, a la demandante, así como los recursos girados con destino al RAIS por cuenta de la demandante, durante el tiempo en que permaneció irregularmente vinculada a este régimen, debiendo transferirse los respectivos recursos debidamente indexados, tomando para el efecto el IPC, que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula:

ÍNDICE FINAL

$$x \quad \text{VALOR HISTÓRICO} = \text{VALOR INDEXADO}$$

(Valor mensualmente recibido en el régimen de ahorro individual)

ÍNDICE INICIAL

Así deberá tomarse como índice inicial el del mes en que se verifico el pago o el aporte correspondiente de manera integral, y como índice final el del momento que se efectuó el traslado de los recursos con destino al Régimen de Prima Media con Presión Definida. Siendo pertinente señalar que las accionadas contarán con un término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, para finiquitar este procedimiento, resaltando que el pago correspondiente, se podrá hacer tomando para el efecto el importe de sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante y en caso de ser insuficientes, se pagaran con cargo a los recursos propios con de la A.F.P. PORVENIR S.A. y la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., en proporción al tiempo al que estuvo afiliado la demandante a estas administradoras, sin lugar de descuento alguno. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

Cabe anotar que de subsistir saldos en la cuenta de ahorro luego de estos procedimientos, deberán ser girados con destino al fondo de solidaridad pensional, pues los mismos son producto de la administración de dineros del sistema general de pensiones, que solo pueden destinarse a este.

TERCERO: Dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas, frente a las determinaciones adoptadas.

CUARTO: COSTAS. Lo serán a cargo de la demandada A.F.P. PORVENIR S.A. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1'000.000, en favor de la demandante. Sin costas a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN.

Consideró que conforme a la línea jurisprudencial de la Corte, era menester declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional surtido por la demandante, en la medida en que la AFP no demostró haberle suministrado a la actora información relevante, veraz y completa respecto del cambio de régimen y las modalidades de pensión en ese régimen; que en este caso, las AFP tenían esa obligación desde la norma primigenia de la ley 100 de 1993 y que los formularios de vinculación por sí solos no constituyen prueba suficiente para dar por establecido que la información fue veraz, ni menos se probó el consentimiento informado para tomar la decisión de traslado la afectación del riesgo de la sostenibilidad financiera.

En consecuencia, ordena el reembolso de recursos recibidos por el RAIS, durante el tiempo que estuvo afiliada al RAIS, debidamente indexadas, concediendo un plazo de 30 días para ello.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir apela la decisión, cuestiona la orden devolución de los gastos de administración pues no están llamadas a financiar la pensión y los gastos de primas previsionales, estos dineros ya fueron trasladados a la aseguradora y la demandante ha tenido la protección de las aseguradoras.

No debe trasladarse rubros debidamente de gastos de administración y primas previsionales, como quiera que se está trasladando los rendimientos, rubro que cubre los efectos de resarcir los gastos de administración y primas previsionales.

Colpensiones apeló la decisión y manifestó que cuestiona la decisión, que debe imperar el principio de buena fe, que debe desvirtuarse la buena fe de las AFP; y que el vínculo que adquirió con las AFP, pactó obligaciones reciprocas, y que estos están obligados a obtener la información precisa sobre su condición de afiliado y los planes adquiridos.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Porvenir centra sus alegatos, en que la afiliación fue voluntaria y espontanea, y que la demandante tuvo el conocimiento informado acerca de los regímenes, por lo que, su decisión fue consciente e informada. Concluye pidiendo la revocatoria de la decisión del Juez de primer grado.

Colpensiones expone sus argumentos por los cuales considera debe revocarse la decisión de primera instancia, aduce que *«el traslado efectuado ante la AFP privada goza de plena validez y no puede ahora utilizar su propia culpa para beneficiarse»*, añade que *«no se demuestra entonces hasta el momento que la demandante haya sido engañada al tomar una decisión desfavorable a sus intereses, más aún, cuando permaneció en el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, sin manifestar ninguna inconformidad»*.

Parte demandante presentó sus alegaciones, manifestando que *«con la simple decisión de escoger entre una u otra administradora de Fondos de Pensiones y firmar el formato*

de afiliación y/o traslado, las AFP demandadas, pretendan configurar prueba suficiente», además que, la negación en «que no incurrieron en vicio del consentimiento, de mi poderdante Teodulia Floralba Obando Sotelo, al momento de afiliarse y/o trasladarse de Régimen Pensional, y querer justificar que para la época que se llevó a cabo el traslado de régimen de Prima Media al RAIS».

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

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

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó el juez al declarar la ineficacia del traslado de la demandante Teodulia Floralba Obando Sotelo al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) cotizó al RPM a través del ISS hoy Colpensiones (pág. 112, pdf. 20, C01); ii) que se afilió el 1 de agosto de 1999 al RAIS administrado por Porvenir, de conformidad a la información que se extrae del SIAFP (ídem), además que, presentó traslados horizontales a ING hoy Protección el 1° de diciembre de 2001 y luego retornó 1° de diciembre de 2003.

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1° del artículo 271 de la misma ley, y en virtud de ésta norma, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado tiene que estar precedida del cumplimiento de ese mandato, tal como lo dispone el artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

(...)la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019).

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que la afiliada expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando la administradora incumplió la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993.

De este modo, como la afiliada adujo la falta de información o la mala entrega de ésta por parte de la AFP, la administradora tiene sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: *«la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo»* (artículo 1604 CC), en ese orden, Porvenir SA es quien debe

probar en contrario, es decir, que sí proporcionó la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado. Como la entidad cuenta con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrece, era quien debía probar que brindó una asesoría integral y completa a la demandante al momento de su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular de la afiliada, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado de la afiliada. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, el hecho de que la afiliada hubiese aceptado que suscribió formato de afiliación, el cual, se trajo como prueba en este proceso, lo que eventualmente puede extraerse de ese accionar, es que como en casos similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos frases o leyendas, que no liberan en todo caso a las AFP de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

El argumento referente a que se impone una obligación inexistente al momento de la vinculación no es acertado por cuanto desde la creación de las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

En sus deberes estaba informar, verbigracia, las diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle a la afiliada **con detalle**, las **ventajas y desventajas** de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria.

Luego hay que insistir en que, la labor del funcionario del fondo privado de pensiones en el momento previo a hacer efectivo el traslado de régimen, debe trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -art. 10 D.720/94- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Porvenir SA haya afirmado al contestar la demanda que a la demandante le brindaron la asesoría requerida suficiente para el caso, y del derecho que tenía de trasladarse de régimen pensional, la Sala no encuentra demostración de que rebata la negación indefinida del actor que no la recibió. Observándose que la demandante no confesó ni aceptó que conocía el régimen, que ante él se acercó un funcionario de Porvenir, que realizaron el trámite de suscripción del formulario, que el asesor le informó que Colpensiones sería liquidado, que no hubo una explicación profunda, por el contrario, dijo que no sabía efectivamente todas las características de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado.

Por ello, la Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que la demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

La declaratoria de ineficacia implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado *«bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

Considera la Corporación que, al declararse la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS, **todos los actos jurídicos que se celebraron tras la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo que Porvenir y Protección trasladen a Colpensiones no solo los valores existentes en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, sino también, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima, **sin que la AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización.**

Así lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P Gerardo Botero Zuluaga.

Ahora bien, ante la orden de traslado dada por el a quo, que inclusive incluye la indexación de estos valores, de conformidad con los parámetros establecidos en reciente jurisprudencia, esta Corporación confirma la orden que los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, sean trasladados debidamente indexados, a favor de Colpensiones y con cargo de los recursos propios de los fondos privados. Como se determinó en la sentencia SL-359 de 2021 y especialmente la SL-950 de 2022, en la que se señala:

... Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Mientras que, en relación a la indexación de aportes y rendimientos, dicha condena no fue objeto de apelación por la recurrente Porvenir, en razón a que sus cuestionamientos fueron en contra de la condena por gastos de administración y primas previsionales.

Por consiguiente, se confirmará la decisión de primera instancia, debidamente indexados.

En sede del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, la Sala adicionará la decisión para precisar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Porvenir, deberán hacerse con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida, y entregando la historia laboral del afiliado con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, *“...junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen ...”*.

2.6. PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

2.7 COSTAS DEL PROCESO

Costas en segunda instancia para Colpensiones y Porvenir, por no haber prosperado el recurso de esa demandada. Fíjese como agencias en derecho la suma de \$1.300.000 para cada una de estas demandadas y en favor de la demandante.

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

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

PRIMERO: Adicionar el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 15 de mayo de 2023 dentro del proceso promovido por Teodulia Floralba Obando Sotelo contra AFP Porvenir y Colpensiones, en cuanto a que AFP Porvenir y Protección deberán trasladar a **Colpensiones**, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia, además de los conceptos dispuestos en la primera instancia y en esta sentencia debidamente indexados, la historia laboral del afiliado con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, según las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: Costas en segunda instancia para Colpensiones y Porvenir, por no haber prosperado el recurso de esa demandada. Fíjese como agencias en derecho la suma de \$1.300.000 para cada una de estas demandadas y en favor de la demandante.

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

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

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



DEMANDANTE:	Jesús María Berdugo Leal
DEMANDADA:	Colpensiones y Protección.
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN:	Revoca parcialmente, adiciona y confirma
RADICADO Y LINK:	11001310501420210024801 11001310501420210024801

En Bogotá DC, a los veintidós (22) días de marzo de dos mil veinticuatro (2024), la Sala Segunda de Decisión Laboral, conformada por los **Magistrados Luz Marina Ibáñez Hernández, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, y Claudia Angélica Martínez Castillo**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto **Colpensiones**, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de esta, frente a la decisión adoptada por el **Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá DC**, en el proceso ordinario adelantado por el señor **Jesús María Berdugo Leal** en contra de las demandadas.

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

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES.

Pretende el demandante la declaratoria de nulidad o ineficacia de su vinculación y traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -en adelante -RAIS- administrado por AFP Protección; que se declare que permaneció afiliada sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida -en adelante RPM- hoy administrado por Colpensiones. En consecuencia, se ordene a Protección, trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con sus

rendimientos y/o intereses moratorios y a Colpensiones a recibir los aportes; extra y ultra petita; costas y agencias en derecho (pág. 1, pdf. 04, C01).

1.2. HECHOS

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que laboró al servicio al Codipro Ingenieria; que estuvo afiliada al RPMPD con el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones desde noviembre de 1978 hasta agosto de 1995; Que en septiembre de 1995 se trasladó al RAIS a través de Protección; pero que dicha decisión no fue informada, autónoma y consciente, ya que no se le brindó una asesoría completa, integral y veraz donde se le explicaran los beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional. Señaló que solicitó la nulidad de la afiliación ante Colpensiones y Protección, y que fue despachada desfavorablemente por la primera de estas.

1.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

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

Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda, pero aceptó de la afiliación al RPMPD, sin embargo, no le constan los hechos relacionados con el traslado al RAIS, y declara como cierto que el actor realizó el agotamiento de la reclamación administrativa, la cual, no fue atendida de forma favorable por esta entidad. Formuló las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, innominada o genérica (Págs. 173 a 203, pdf. 16, *ídem*).

Protección se opone a lo pretendido con la demanda; niega los hechos referentes a la falta de información, aclarando que la misma fue suficiente, completa y veraz; aceptó el hecho que presentó el agotamiento de la reclamación administrativa, solicitud que fue negada. Para enervar las pretensiones de la demanda formula las excepciones de **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, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, innominada o genérica (pdf. 17, *ídem*).

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

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

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto de traslado que hizo el demandante señor JESÚS MARÍA BERDUGO LEAL, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Protección SA. Señalando como consecuencia de tal declaración, que ningún efecto jurídico surtió el traslado y por tanto siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP Protección SA, donde se encuentra actualmente afiliado el demandante, a trasladar a COLPENSIONES, el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración y comisiones. Suma debidamente indexada.

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

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

Consideró que conforme a la línea jurisprudencial de la Corte, era menester declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional surtido por la demandante, en la medida en que la AFP no demostró haberle suministrado a la actora información relevante, veraz y completa respecto del cambio de régimen y las modalidades de pensión en ese régimen; que en este caso, las AFP tenían esa obligación desde la norma primigenia de la ley 100 de 1993 y que los formularios de vinculación por sí solos no constituyen prueba suficiente para dar por establecido que la información fue veraz, ni menos se probó el consentimiento informado para tomar la decisión de traslado la afectación del riesgo de la sostenibilidad financiera.

Con respecto a la condena en costas, emite la misma en contra de ambas demandadas.

1.5. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones apeló la decisión y manifestó que no debe despachar favorablemente las suplicas de la demanda, en atención a que Colpensiones es quien sufre y padece los efectos del fallo revisado, y acotó que la decisión afecta el principio de sostenibilidad financiera por la sobrecarga en el régimen de prima media.

1.6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Colpensiones aseveró que el traslado de la demandante goza de plena validez, además que, se trata de una potestad única y exclusiva del afiliado, concluyendo que resulta improcedente la solicitud de traslado entre regímenes pensionales, pues el demandante se encuentra a menos de 10 años para cumplir el requisito de edad mínima exigida por la Ley, además que, no se acreditó que el acto jurídico estuvo precedido de vicios del consentimiento (pdf. 05, C02).

El demandante alegó manifiesta su conformidad con el fallo revisado, pide que se confirme la decisión de la a quo bajo los precedentes jurisprudenciales citados (pdf. 06, ídem).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO.

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

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala analizará, si acertó el juez al declarar la ineficacia del traslado de la demandante Jesús María Berdugo Leal al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y establecer las consecuencias derivadas de ello.

2.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) que el demandante nació el 15 de abril de 1960 (pág. 3, pdf. 16, C01); ii) cotizó al RPM a través del ISS hoy

Colpensiones a partir del 21 de julio de 1988 (pág. 169, idem); ii) el 1 de abril de 1997 al RAIS administrado por Protección, mediante la suscripción de formulario de afiliación el día 20 de febrero de 1997, que cuenta con un total de 1680 semanas (pág. 7, pdf. 01, idem).

2.4. INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto es recordar que, según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando cualquier persona natural o jurídica, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del inciso 1º del artículo 271 de la misma ley, y en virtud de ésta norma, cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quede sin efecto.

Aunque la afiliación es libre y voluntaria, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, por lo que la decisión de traslado tiene que estar precedida del cumplimiento de ese mandato, tal como lo dispone el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, que la misma debe ser transparente a los afiliados, *«de suerte que les permita, mediante elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas»*.

Por información necesaria, la Sala de Casación Laboral ha afirmado que comprende:

(...)la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones», y respecto a la transparencia, ha explicado que implica la obligación de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios» (CSJ SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019).

Así, el fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse

de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia).

Por lo tanto, no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado en quien carece de los elementos suficientes para adoptar una decisión adecuada a sus circunstancias particulares, de manera que es insuficiente afirmar que el afiliado expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, cuando la administradora incumplió la obligación de brindarle la información necesaria, en obediencia a lo establecido en los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993.

De este modo, como el afiliado adujo la falta de información o la mala entrega de ésta por parte de la AFP, la administradora tiene sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, por cuanto: «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*» (artículo 1604 CC), en ese orden, Protección SA es quien debe probar en contrario, es decir, que sí proporcionó la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado. Como la entidad cuenta con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrece, era quien debía probar que brindó una asesoría integral y completa al demandante al momento de su traslado, y/o migración en el mismo, analizando las circunstancias particulares de su caso.

Se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, está a cargo de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019).

En ese orden, la constatación de que se cumplió con el deber de información es ineludible, por lo que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado del afiliado. Este es el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, en la sentencia SL19447-2017:

el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021),

Ahora, que el afiliado hubiese aceptado que suscribió formato de afiliación, el cual, no se trajo como prueba en este proceso, lo que eventualmente puede extraerse de ese accionar, es que como en casos similares que suelen consignarse en los formatos preimpresos frases o leyendas, que no liberan en todo caso a las AFP de su obligación de cumplir de manera rigurosa y de buena fe su deber de información. A lo sumo, estas expresiones sirven para acreditar un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

El argumento referente a que se impone una obligación inexistente al momento de la vinculación no es acertado por cuanto desde la creación de las AFP, estaban compelidas a suministrar información objetiva, comparada y transparente sobre las características, **ventajas y desventajas** de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las **consecuencias jurídicas del traslado**, como lo preceptúa el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020, SL4806-2020 y SL373-2021).

En sus deberes estaba informar, verbigracia, las diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del SMLMV a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas

opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle al afiliado **con detalle**, las **ventajas y desventajas** de tomar la decisión de traslado de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria.

Luego hay que insistir en que, la labor del funcionario del fondo privado de pensiones en el momento previo a hacer efectivo el traslado de régimen, debe trascender al «*deber del buen consejo*», como lo ha señalado la jurisprudencia laboral, en la medida que es responsabilidad de dichas administradoras y de sus promotores y/o asesores, velar por la información entregada a sus usuarios -art. 10 D.720/94- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, aunque Protección SA haya afirmado al contestar la demanda que al demandante le brindaron la asesoría requerida suficiente para el caso, y del derecho que tenía de trasladarse de régimen pensional, la Sala no encuentra demostración de que rebata la negación indefinida del actor que no la recibió. Observándose que el demandante no confesó ni aceptó que conocía el régimen, que ante él se acercó una funcionaria de Protección, que en muy poco tiempo hicieron el trámite de suscripción del formulario, que la asesora les informó que en este fondo les iría mejor, que no hubo una explicación profunda, por el contrario, dijo que no sabía efectivamente todas las características de ambos regímenes, las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado.

Por ello, la Sala concluye que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho a la pensión de vejez, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado, y que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de aquella, como que el demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión de primer grado.

2.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

La declaratoria de ineficacia implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico

al traslado «*bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida*» (CSJ SL1689-2017).

Considera la Corporación que, al declararse la ineficacia del traslado del demandante del RPM al RAIS, **todos los actos jurídicos que se celebraron tras la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante**; por lo que es legítimo que Protección traslade a Colpensiones no solo los valores existentes en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, sino también, los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima, **sin que la AFP pueda conservar ningún valor descontado de la cotización**.

Así lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P Gerardo Botero Zuluaga.

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

... Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Criterio que resulta

igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por consiguiente, es acertada la orden de devolución de la primera instancia, debidamente indexados, pero específicamente referentes a los conceptos ordenados en esta sentencia.

En sede de consulta en favor de Colpensiones, la Sala adicionará la decisión para precisar que todas las obligaciones de traslado impuestas a Protección, deberán hacerse con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia emitida, y entregando la historia laboral del afiliado con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, *“...junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen ...”*.

2.6. PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con la causación, requisitos y valor de la pensión, ante ello se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

2.7 COSTAS DEL PROCESO

Con relación a la imposición de las costas a cargo de Colpensiones, en sede consulta debemos tener en cuenta que la condena que se emite en su contra no es por su actuar negligente u omisivo, sino que es la consecuencia de la ineficacia de

una afiliación por la desidia que tuvo un tercero, en este caso la AFP, con la demandante; así que las condenas que hoy asume Colpensiones surgen de la declaratoria de ineficacia, por lo que no hay lugar a condenar a esta codemandada a las costas de primera instancia, y en tal sentido se revocará parcialmente el numeral quinto de la sentencia.

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

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

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. DECIDE:

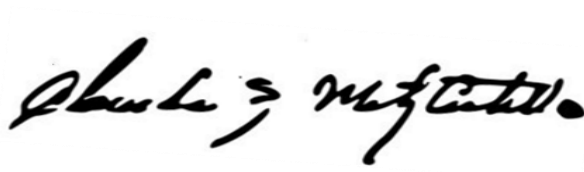
PRIMERO: Adicionar el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, el 8 de marzo de 2023 dentro del proceso promovido por Jesús María Berdugo Leal contra AFP Protección y Colpensiones, en cuanto a que AFP Protección deberá trasladar a **Colpensiones**, dentro de los 30 días siguientes a la sentencia, además de los conceptos dispuestos en la primera instancia y en esta sentencia debidamente indexados, la historia laboral del afiliado con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, especificando cada valor, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, según las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: Revocar la condena en costas de primera instancia, a cargo de Colpensiones, y condenarle en costas en segunda instancia a cargo de Colpensiones y en favor del demandante, como se indica en la parte motiva.

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

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

Los magistrados,



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado