



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: WILLIAM NIÑO CELI
Demandadas: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. y COLFONDOS S.A.
Llamamiento en garantía: MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.
Radicación: 11001-3105-019-2020-00296-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – ADICIONA

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre del dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. William Niño Celi instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, Colfondos S.A., Protección S.A. y Skandia S.A. con el propósito de que se efectuó la totalidad del traslado de aportes de Protección a Colpensiones; se declare la nulidad del traslado de Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; en consecuencia, se efectuó la vinculación a Colpensiones, se condene en costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 27 de agosto de 1960, que efectuó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones en el mes de octubre de 1987 hasta el mes de agosto de 1996; realizó cotizaciones a Colfondos, desde el mes de noviembre de 1996 hasta agosto de 1999, en Skandia desde enero de 2007 hasta el mes de agosto de 2009 y a Protección, desde enero del 2000 hasta la fecha; en ninguna de las AFPs demandadas le brindó el deber de información, ni el deber de asesoría y buen consejo y ni mucho menos el deber de la doble asesoría, así mismo, señaló finalmente que, tampoco ninguna de las accionadas, le efectuó la probabilidad de pensionarse en cada régimen, de una proyección del valor de la indemnización o devolución de saldos o información alguna sobre los mecanismos de protección a la vejez. (Expediente digital PDF. 01ExpedienteEscaneado.pdf, Pág. 11-20)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital PDF. 01ExpedienteEscaneado.pdf, Pág. 202); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En la contestación de la demanda expone que se opone a que se efectúe el traslado de aportes de Protección S.A. a esta entidad, en vista que, dentro del expediente no obra prueba alguna que de cuenta que al demandante se lo hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP, o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento, además señaló que no se evidenció tampoco dentro de las solicitudes

que la parte demandante estuviera inconforme con lo firmado, por lo tanto, se observa que el traslado se encuentra ajustado a derecho, que hizo de manera libre y voluntaria; adicional a ello, refiere que el demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 y se encuentra inmerso en la prohibición contemplada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003; propuso como excepciones de mérito, las denominadas errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica. (Expediente digital pdf. 04ContestacionColpensiones.pdf – pág. 1-41)

3.2. Colfondos S.A. La llamada a juicio se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que, no existen presupuestos de hecho ni de derecho para fulminar en su contra esa pretensión, señaló que, sí brindó al demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones adujo que en lo que se le asesoró acerca de las características de dicho régimen el funcionamiento del mismo, las diferencias, las ventajas y desventajas y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en el fondo de pensiones; en ese sentido, adujo que, no se puede declarar la nulidad, en vista que, el demandante suscribió con su puño y letra el formulario de vinculación al fondo de pensiones, es así que, las pretensiones carecen de fundamento jurídico porque no se aportaron elementos probatorios que permitan demostrar que la vinculación a la AFP fue efectuada bajo algún vicio del consentimiento y en segundo lugar el actor suscribió de manera libre y voluntaria el formulario, finalmente, hizo hincapié, en que no se puede pretender dejar sin efecto un acto válido que nació a la vida jurídica y que ratifica los actos propios del demandante trasladándose al régimen pensional y entre administradoras de pensiones con una vinculación de hace más de 20 años, siendo ello que el recurrente no hizo uso de las disposiciones legales que se le conceden para manifestar sus inconformidades. En su favor propuso excepciones de fondo, como lo fue, la inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago. (Expediente digital PDF. 02ContestacionColfondos.pdf – Pág. 1-15)

3.3. Protección S.A. Contestó el libelo introductor oponiéndose a las pretensiones de la demanda, bajo el argumento que, no existe vicio del consentimiento en la afiliación que realizó en Protección S.A. que conlleve a la nulidad, ni mucho menos a la ineficacia, indicó que, se encuentra frente a un acto existente válido, exento de vicios y de cualquier fuerza para realizarlo, dado que se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, por lo que señaló que, este acto tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre ambas partes, por virtud del cual se generan derechos y obligaciones encabeza tanto del fondo como de la parte demandante, es por lo que los aportes que hoy se encuentran acreditados en la cuenta de ahorro individual a nombre de la parte actora y no pueden trasladarse, puesto que la misma se encuentra dentro de las limitante de los últimos 10 años para el cumplimiento de la de la pensión, finalmente expresó que la parte actora no puede pretender la declaratoria de ineficacia o nulidad porque sus expectativas económicas respecto del valor de la mesada por vejez sea inferior, señalando que un acto es nulo por vicios en el consentimiento y no por la favorabilidad económica del mismo. Formuló 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, innominada o genérica, 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, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto. (Expediente digital PDF. 16ContestacionProteccion.Pdf – Pág. 2-29)

3.4. AFP Skandia S.A. Se opuso a cada una de las pretensiones de la demanda, y por lo tanto, contesto la demanda argumentando que, el actor suscribió el formulario de solicitud de vinculación de manera libre y voluntaria, por lo que, al seleccionar el RAIS aceptó todas y cada una de las condiciones propias de dicho régimen, conforme a lo que dispone la Ley 100 de 1993, es así que el traslado que realizó provino de una administradora de fondo de pensiones de carácter privado y no de una entidad del RPMPD; entonces el demandante realizó un acto voluntario que obligó a las partes con lo establecido en la ley, esto se vio reflejado con las suscripciones formulario de afiliación, así las cosas indicó que, dicho traslado es una decisión legal amparada por la buena fe por parte de los fondos y del demandante que goza de efectividad, en aras de crear una seguridad jurídica para las partes lo cual no pueden derrumbarse cuando el demandante esta ad portas de adquirir su derecho pensional; finalmente, adujo que, la afiliación es totalmente válida, goza de validez y se materializó bajo los lineamientos legales normativos y jurisprudenciales que regulan el acto jurídico por lo tanto, no existe causal de nulidad alguna que invalide la afiliación al RAIS. Formuló excepciones de fondo, tales como, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado 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 facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y genérica. (Expediente digital PDF. 03ContestacionSkandiaLlamamiento.Pdf – Pág. 1-20)

Por otro lado, dentro del escrito, llamó en garantía a la aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., argumentando que, es necesaria la vinculación al presente trámite judicial, toda vez que, en caso de que se condene a devolver los aportes de la demandada a Colpensiones, junto con los gastos de administración de los que trata el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, corresponde a la aludida aseguradora el cumplimiento de esa obligación en lo que se refiere, particularmente, a la prima pagada por el seguro previsional prenotado. (Expediente digital PDF. 03ContestacionSkandiaLlamamiento.Pdf – Pág. 48-52)

4. Trámite procesal. En proveído del 07 de diciembre de 2021, se dispuso a vincular como llamamiento en garantía a la aseguradora a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. (Expediente electrónico, PDF. 01ExpedienteEscaneado.PDF – Pág. 199-201); quien presentó escrito de contestación así:

4.1 Mapfre S.A. En el escrito de contestación, ni se opuso ni se allanó a las pretensiones de la demanda; frente al llamamiento garantía, indicó que este tiene como objeto jurídico material que se declare la nulidad del cambio de régimen de la demandante al RAIS que se efectuó a través de la AFP Colfondos S.A. y de los posteriores traslados entre AFPs, con esto el actor pretende devolverse al RPMPD, alegando que cuando ingresó al RAIS, no fue advertido ni informado debidamente de todos los pormenores relativos al sistema de funcionamiento de cada uno de los regímenes, incurriendo en error al afiliarse al RAIS y al trasladarse, de manera posterior dentro del mismo régimen, señaló que, el actor, no pretende en ningún momento, la reclamación y reconocimiento de la pensión por alguno de los riesgos amparados, lo que pretende es regresar al RPMPD mediante la obtención

de la declaración de la ineficacia de la afiliación al RAIS, hecho que no se encuentra amparado por los seguros contratados por Mapfre S.A. Propuso como excepciones, , frente a la acción material ejercida por la parte demandante, carece de amparo y/o cobertura, pues, el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a "Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.", Mapfre no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devolución de las primas ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ellas fueron legalmente devengadas y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, a Mapfre no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante, AFP Skandia, y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna, inexistencia de derecho contractual por parte de la AFP Skandia, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, reconocimiento oficioso de excepciones. (Expediente electrónico. 06ContestaciónMapfre.pdf – pág. 1-24)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 05 de mayo de 2023, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS efectuado por el señor demandante, el día 10 de julio de 1996, es así que, declaró que el actor esta válidamente vinculado al RPMPD, desde el 02 de septiembre de 1985, hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo, que siempre permaneció a dicho régimen; condenó a la AFP Protección S.A, a la AFP Skandia S.A. y a la AFP Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores, como cotizaciones, aportes adicionales, primas de seguros previsiones de invalidez y de sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, juntos con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración, debidamente indexadas; de lo anterior, requirió que Colpensiones para que proceda a actualizar la historia laboral; absolvió a Mapfre de las pretensiones incoadas en su contra dentro del llamamiento en garantía y gravó en costas a Colfondos.

La decisión del a quo se basó, en la normatividad aplicable sobre la carga dinámica de la prueba, sobre la seguridad social y aquellas relativas al derecho de información, que se deben aplicar siempre y cuando no exista un menoscabo de los derechos laborales y la autonomía personal, frente al tema de la información que tienen las administradoras de pensiones, señaló que en el presente caso se incumplió con este deber legal, dado que al momento en el que el demandante realizó el traslado de régimen, no se le informó cuáles eran las consecuencias jurídicas de tal acto, no se le brindó una información suficiente y transparente que le permita elegir, entre otras opciones que hay en el mercado y lo mejor que se ajuste a sus intereses, entre otras, a su vez, sostuvo que el formulario de afiliación solo demuestra un consentimiento libre pero no informado, por lo que el traslado se tornaba ineficaz. En cuanto al llamamiento en garantía, sostuvo que Mapfre era ajena al actor de afiliación, sumado a que, la póliza únicamente ampara los riesgos de invalidez y sobrevivencia, sin que lo aquí debatido tenga cobertura; por último, frente a la excepción de prescripción, refirió que los derechos que surgen de la declaración de ineficacia son imprescriptibles. (Expediente electrónico. 23VideoAudienciaFallo)

6. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales.

6.1. Parte demandante. Presentó recurso de apelación frente al numeral séptimo de la sentencia proferida, señalando que el artículo 365 del Código General del Proceso, habla sobre el desgaste judicial que se le provoca al estado con la demanda, sin embargo, señala que solamente se condenó a una entidad al pago de costas, que fue la AFP Colfondos S.A., por lo que, solicita que el superior se manifieste con respecto a las costas

y agencias en derecho que deben pagar las otras entidades que formaron en este proceso.
(Expediente electrónico. 23VideoAudienciaFallo)

6.2. AFP Skandía S.A. Inconforme con la anterior decisión, interpuso recurso de apelación parcial, frente a las condenas impuestas de la devolución de los conceptos recibidos dentro de la cuenta de ahorro individual, como lo fueron los rendimientos, comisiones, gastos de administración, seguros previsionales y porcentaje de pensión de garantía mínima, como quiera que la entidad fue una AFP intermedia, por lo que le es imposible el retorno de estos conceptos, pues los mismo fueron trasladados a una nueva ESPS en virtud del traslado horizontal, al ser ello así no podrían ser trasladados a Colpensiones; de otro lado, indica que no se le puede desconocer el trabajo realizado por la AFP durante el tiempo de permanencia del afiliado; en cuanto a los seguros previsionales, señala que ellos están establecidos y autorizados por la ley 793 de 2003 y no es la AFP quien los administra sino que se realiza a través de un contrato de aseguramiento, por lo cual no sería dable devolver dichos emolumentos, puesto que cubrieron los riesgos de invalidez y sobrevivencia en el tiempo de permanencia del actor. Solicita que, en caso de mantenerse esta condena, la misma sea redireccionada a la aseguradora Mapfre, como llamada en garantía. (Expediente electrónico. 23VideoAudienciaFallo)

6.3 Colpensiones. Sustentó el recurso de apelación argumentando que, debe ser absuelta de cada una de las pretensiones incoadas por el demandante, toda vez que, el traslado de régimen pensional se hizo conforme a la Ley 100 de 1993, sin que se hubiera ejercido alguna presión o coacción, la decisión de afiliarse a la AFP Colfondos S.A. en 1996, fue una decisión tomada de manera libre, espontánea y voluntaria encontrándose así frente a una mera expectativa pensional y resulta improcedente al momento de su afiliación haberle presentado algún comparativo respecto del valor de las mesadas pensionales entre los distintos regímenes, dado que, se desconocía dicha situación, aunado a eso en virtud de la Ley 797 2003, se le brindó la posibilidad a quienes sintieron alguna vulneración de sus derechos de retornar al RPMPD, situación que no realizó el actor, sino fue hasta el año 2020 cuando ya contaba con la edad de 60 años, solicitó retornar al régimen, encontrándose en la prohibición establecida por la ley en mención; por otro lado, el Decreto 2241 del 2010, que reglamenta el régimen del consumidor financiero, impone a los consumidores unos deberes, entre los que se encuentra, informarse adecuadamente respecto de las condiciones del sistema general, toda vez que su silencio se entenderá como una aceptación tácita, por lo tanto, como han transcurrido más de 27 años desde su afiliación primigenia, se encuentra ratificada tácitamente la decisión del afiliado de mantenerse vinculado al RAIS y más aún cuando no presentó ninguna objeción o queja. (Expediente electrónico. 23VideoAudienciaFallo)

7. Alegatos de conclusión. Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

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

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra que William Niño Celi realizó cotizaciones a la parte accionada ISS, hoy Colpensiones desde el 02 de septiembre de 1985 al 30 de septiembre de 1996 (Expediente digital, PDF 05HistoriaLaboralColpensiones.pdf – pág. 1-5), quien con posterioridad se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad de la siguiente forma:

- AFP Colfondos S.A. el 01 de septiembre de 1996 hasta el 31 de agosto de 1999, según el historial de vinculaciones de Asofondos. (Expediente digital, PDF. 02ContestacionColfondos.pdf, pág. 91)
- AFP ING el 01 de septiembre de 1999 hasta el 30 de noviembre de 2001, según el historial de vinculaciones de Asofondos. (Expediente digital, PDF 16ContestacionProteccion.Pdf, pág. 52)
- AFP Protección el 01 de diciembre de 2001 hasta el 31 de diciembre de 2006, según el historial de vinculaciones de Asofondos. (Expediente digital, PDF 16ContestacionProteccion.Pdf, pág. 52)
- AFP Skandia S.A. el 01 de enero de 2007 hasta el 31 de agosto de 2009, según el historial de vinculaciones de Asofondos. (Expediente digital, PDF 13EscritocontestaciondemandaskandiaPdf – pág. 122)
- Retorno nuevamente a la AFP Protección S.A. el 01 de septiembre de 2009 hasta la fecha, según el historial de vinculaciones de Asofondos. (Expediente digital, PDF 16ContestacionProteccion.Pdf, pág. 52)

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

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

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

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

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

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

Así, para la data en que el actor se trasladó a AFP Colfondos S.A., esto es 01 de septiembre de 1996, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

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

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

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

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

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

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque el actor se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP Colfondos S.A., AFP Skandia S.A. y AFP Protección S.A, en el año 1996, 1999 y 2007 respectivamente, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 01 de septiembre de 1996, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

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

8. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que "el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser

antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar”, tesitura que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

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

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

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

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

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

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

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos

de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de Protección S.A., Skandia S.A. y Colfondos S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a Colpensiones, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos son frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

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

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

11. Llamamiento en garantía. Para resolver de fondo este punto objeto de apelación, es del caso precisar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 del C.G.P., cuyo texto es del siguiente tenor:

"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."

Igualmente, sobre la figura jurídica del llamamiento en garantía, resulta ilustrativo traer a colación la sentencia SL5636-2019, en la que trayendo apartes doctrinarios y lo dicho por la Sala de Casación Civil, dijo:

"El llamamiento en garantía se produce, al decir de Guasp, «cuando la parte de un proceso hace intervenir en el mismo a un tercero, que debe proteger o garantizar al llamante, cubriendo los riesgos que se derivan del ataque de otro sujeto distinto, lo cual debe hacer el tercero, bien por ser transmitente: llamado formal, o participante: llamado simple, de los derechos discutidos». En uno y otro caso precisase, como se dejó dicho antes, que haya un riesgo en el llamante, que por ley o por contrato deba ser protegido o garantizado por el llamado; o según palabras del Art. 57 ya citado, que el llamante tenga "derecho legal o contractual de exigir a un tercero 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". (GJ CLII, primera parte N°. 2393, pág. SC del 14 oct. 1976).

De igual forma, lo razonado en la sentencia de esta Sala con radicación n°. 28246 del 15 de mayo de 2007, así:

La entidad llamada en garantía es parte circunstancial al proceso al que se le convoque; las relaciones jurídicas que cuentan para cuando se pretende declaración de existencia del derecho a una remuneración por un contrato de mandato, y la responsabilidad principal de su pago son las habidas entre el mandante y el mandatario”.

Bajo los anteriores parámetros, lo primero que viene a propósito colegir es que la figura del llamamiento en garantía si resulta aplicable al proceso laboral (Radicación No 00303 de 2022); no obstante, en el sub examine no resulta procedente aceptar que Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. pague dichos conceptos, ello en razón a que la relación entre Skandia S.A. y esta, es el aseguramiento de los riesgos de invalidez y sobrevivencia, riesgos que de ninguna manera son objeto de discusión en el cauce de la presente demanda.

Ahora, esgrime skandia S.A., que debe ordenarse devolver las sumas adicionales de la aseguradora o “primas” y que tal condena debe recaer sobre Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.; empero, tal discurrimento es equívoco, pues en ningún apartado de la póliza suscrita entre el llamante y la llamada en garantía se asegura esa contingencia, es decir, no existe ni disposición legal ni contractual (contrato de seguro) que lleve a inferir que ante eventuales condenas que se impongan a la AFP Skandia S.A., quien deba sufragarlas es la aseguradora, pues se insiste, la relación jurídico – sustancial entre Mapfre S.A. y Skandia S.A. lo es una póliza que ampara los riesgos de invalidez y sobrevivencia, prestaciones que no son el objeto de discusión en el cartulario.

Surge de lo anterior, la carga de aportar la prueba acerca de la existencia del vínculo legal o contractual que lo legitime para formular el llamamiento en garantía, siendo requisito indefectible para su procedencia como se indicó en líneas atrás.

Así pues, descendiendo al asunto objeto de estudio, se advierte que la petición elevada por Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A. no cumple con dicha exigencia ya que si bien funda su solicitud en lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en tanto que tienen a su cargo la contingencia de riesgo de invalidez y sobrevivencia, de ahí que la citada Ley autorice a contratar seguros, para lo cual deba sufragarse con un porcentaje del aporte pensional que realice el actor; ello por sí solo no evidencia que dicha aseguradora tenga como función garantizar patrimonialmente – que en últimas es la finalidad de la figura -, ninguna obligación que se contraiga a través de este juicio o que a su turno tenga que responder por los perjuicios que se llegaren a causar de la sentencia, como quiera que aquella solo le compete amparar riesgos de invalidez y sobrevivencia que como consecuencia de la afiliación de la promotora del proceso al fondo de pensiones codemandado, éste último tenga que sufragar.

Tampoco la encartada ostenta un derecho legal del cual pueda servir para llamar a la citada aseguradora, pues no existe norma expresa que obligue a que esta aseguradora deba servir como garante frente al resarcimiento por los perjuicios que en dicho evento se llegaren a causar como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, pues es claro que la aseguradora llamada en garantía en su ejercicio, únicamente tiene a su cargo responder por las contingencias de invalidez y sobrevivencia, como consecuencia de la póliza que se suscribió y que asumió por el pago de la prima correspondiente.

En ese sentido, es claro que habrá de absolverse a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., conforme lo anteriormente expuesto.

12. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración, comisiones, los rendimientos financieros, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que son igualmente imprescriptibles (SL1688-2019, SL1421-2019, SL4426-2019, SL4360-2019, SL373-2021 y SL2300 de 2023).

13. Costas en primera instancia. Finalmente, debe recordarse que el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, siendo improcedente abstenerse de condenarla por este concepto, aún más cuando Colpensiones, Protección S.A. y Skandia S.A. se opusieron a todas las pretensiones de la demanda y formularon excepciones, las cuales fueron resueltas de manera desfavorable, por lo que le asiste razón a la parte demandante y como consecuencia de ello, se deberá adicional el numeral séptimo de la sentencia apelada.

14. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Skandia S.A. y Colpensiones y a favor del demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Sin condena en costas a cargo del demandante, por haber prosperado el recurso de apelación.

De igual forma, se deberá condenar en costas a Skandia S.A. y a favor de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., en vista que se desestimó el recurso de alzada, en relación con el llamado en garantía.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR en el numeral séptimo de la sentencia proferida el 05 de mayo 2023, por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en consecuencia, se condenará en costas a las codemandadas, esto es, Colpensiones, Skandia S.A. y Protección S.A., de conformidad con la parte motiva de este fallo.

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

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de Skandia S.A. y Colpensiones.

CUARTO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. y a cargo de Skandia S.A.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

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

De igual forma, se fijan como agencias en derecho en favor de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. y a cargo de Skandia S.A. el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.160.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: NICOLÁS RICARDO SANMIGUEL DUARTE
Demandados: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A.
Radicación: 110013105-020-2022-00377-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre del dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Nicolás Ricardo Sanmiguel Duarte instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, Skandia S.A., Protección S.A. y Porvenir S.A con el fin de que se declare la ineficacia y nulidad del traslado realizado al RAIS, específicamente a Protección S.A, y las afiliaciones posteriores con Skandia S.A y Porvenir S.A.; se declare que tiene derecho a regresar al RPMPD; en consecuencia, se condene a Porvenir S.A a trasladar sus aportes a Colpensiones; se condene ultra y extra petita, así como agencias en derecho y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis, que el demandante inició cotizaciones en el ISS desde el 21 de mayo de 1993; en 1998 se trasladó al RAIS con la AFP Protección; sostiene que al momento de la asesoría no se le explicaron los verdaderos beneficios y riesgos de trasladarse de régimen, incluso le manifestaron mediante engaños que su pensión en el RAIS iba a ser más elevada; en el año 2001 se trasladó a Skandia S.A., en donde se presentaron vicios de consentimiento dado que no recibir información adecuada; para el año 2007 se afilió a Porvenir S.A, sin que se le explicaran los verdaderos riesgos y beneficios de la afiliación; refiere que el 4 de agosto de 2022 Porvenir S.A. le indicó que su mesada pensional iba a ser de un salario mínimo, a pesar que su promedio salarial es más elevado; presentó solicitud de traslado ante Colpensiones, pero no fue recibida respuesta de fondo. (Expediente electrónico, PDF03SubsancionDemanda, pág. 3 a 14)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF14NotificacionElectronicaAndje); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. La llamada a juicio se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que dentro del expediente no obra prueba alguna que dé cuenta que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al

deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante, al contrario se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente en el presente caso el accionante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010. Como excepciones de mérito propuso las denominadas, errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, 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. (Expediente electrónico, PDF07ContestaciónColpensiones, pág. 3 a 39).

3.2. Protección S.A. En su respuesta se opuso a las pretensiones, argumentando que el traslado fue un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; la afiliación se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones. Como excepciones de fondo propuso las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, innominada o genérica Reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe. (Expediente electrónico, PDF08ContestaciónProteccion Pág. 4 a 31).

3.3. Skandia S.A. Presentó oposición frente a las pretensiones de la demanda argumentando que la afiliación con la AFP se realizó dentro del marco legal vigente para la fecha de afiliación y conforme a los postulados de buena fe. Por consiguiente, no puede trasladar concepto alguno a Colpensiones. Como excepciones de fondo propuso las que denominó como, actos de relacionamiento, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y el tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de 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 el demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal-falta de interés negociable, prescripción de la acción, prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro, buena fe y la genérica. Llamó en garantía a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. (Expediente electrónico, PDF09ContestacionLlamamientoGarantiaSkandia, Pág. 4 a 22 y 64 a 71).

3.4 Porvenir S.A. Se opuso a todas las pretensiones argumentando que la parte actora se trasladó una vez recibió información transparente y necesaria, lo que le permitió compararla con el conocimiento que tenía del régimen de prima media con prestación definida por haber pertenecido a él, para así tomar la mejor decisión de acuerdo con sus intereses pensionales. Como excepciones de mérito propuso las que denominó, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica. (Expediente electrónico, PDF06Contestación Porvenir, Pág. 3-26)

4. Contestación demanda y llamamiento en garantía

4.1. Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. En un mismo escrito se opuso a las pretensiones del escrito introductor, indicando que la selección de un régimen pensional es libre y voluntaria, el demandante tomó la decisión de elegir el régimen pensional en el que quería estar, nadie más que él podía estar enterado de sus expectativas e intereses. De manera que el acto jurídico del que se pide la declaración de ineficacia fue lícito y, por lo tanto, jurídicamente eficaz.

Respecto del llamamiento en garantía que se le hizo, se opuso expresamente a las pretensiones que son propias de esta figura, aduciendo que la pretensión encaminada a obtener el reembolso o el pago de las primas causadas y pagadas durante la vigencia del seguro previsional contratado con Mapfre, tiene como único objeto regulado en los artículos 20, 60, 70, 77, 108 y 109 de la Ley 100 de 1993, es que, en caso de realizarse el riesgo, se impone para la aseguradora “el pago de la suma adicional para completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez o sobreviviente”; señala que es un imposible jurídico que Mapfre tenga que responder por las consecuencias derivadas de una sentencia. Como excepciones propuso las que denominó, el llamamiento en garantía realizado a Mapfre es improcedente por cuanto Skandia S.A. carece de amparo y/o cobertura frente a la acción material ejercida por la parte demandante, al no tener relación el riesgo objeto de protección asegurativa con el objeto material de las pretensiones, inexistencia de derecho contractual por la AFP Skandia, Mapfre no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devolución de las primas ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ellas fueron legalmente devengadas y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, a Mapfre no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, efectuando a la llamante AFP Skandia, y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, reconocimiento oficioso de excepciones.

(Expediente digital, PDF13ContestacionMapfre)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 25 de julio de 2023 en la que el fallador declaró la ineficacia del traslado al RAIS de fecha 24 de julio de 1998 a la AFP Protección S.A y posteriores a Skandia S.A y a Porvenir S.A. y en consecuencia, declaró como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a Colpensiones; ordenó a la AFP Porvenir S.A a devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones del afiliado, junto con los rendimientos financieros causados, y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor; en caso de existir aportes en las AFPs Skandia S.A y Protección S.A deberán ser trasladados a Colpensiones; absolvió a las demandadas Colpensiones, Protección S.A., Porvenir S.A. y Skandia S.A. de las demás pretensiones incoadas y a la llamada en garantía Mapfre de la totalidad de pretensiones. Gravó en costas a Colpensiones, las AFPs Protección S.A. Porvenir S.A y Skandia S.A.; de la misma manera se condenó en costas a Skandia S.A y a favor de la llamada en garantía Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.

El a quo fundamentó su decisión en que, el marco normativo aplicable al caso bajo estudio, se encontraba delimitado por los artículos 60 y 61 del CPT y SS, artículo 13, literal B, al igual que los artículos 271 y 272 de la ley 100 de 1993, artículo 167 del CGP y 1.604 del Código Civil, así como el precedente establecido por la sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en donde se ha señalado que hay lugar a decretar la ineficacia del traslado de régimen pensional cuando no hay libertad informada o transgresión del deber de información, razón por la cual le correspondía a Protección S.A., demostrar que cumplió el inexcusable deber de brindar al demandante información, completa, suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen de prima media al que se encontraba vinculado; luego de verificar los medios de prueba allegados, no fue posible por parte de

esa sede judicial, tener conocimiento si ese asesoramiento prestado al momento de realizarse la afiliación a la AFP fue bueno, adecuado, completo, si en él se presentaron o no maniobras o argucias que hubiesen llevado a incurrir en engaño al demandante, toda vez que ni siquiera se han señalado las circunstancias de tiempo, modo y lugar en los que se produjo el correspondiente traslado, encontrando así que el fondo demandado ni siquiera allegó medio de prueba, circunstancias que lo llevó a concluir que no podía predicarse la existencia de consentimiento libre y voluntario al momento del traslado de régimen de pensiones.

Como consecuencia de lo anterior, dispuso la ineficacia del traslado, se abstuvo de ordenar la devolución de los gastos de administración y sumas de los seguros previsionales, porque dichos rubros son de recaudo legal por parte de las administradoras y se causan en el transcurso de la afiliación. Ahora bien, respecto al llamado en garantía que hizo Skandia S.A, indicó que no hay lugar a condenar a la aseguradora pues al no condenar a la llamante tampoco hay lugar a su condena, debido a que el monto tomado por Mapfre S.A es proteger las contingencias de invalidez y de sobrevivientes, y no el traslado de régimen. En cuanto a la excepción de prescripción, señaló que el derecho a la pensión es imprescriptible, en cuanto a los demás medios exceptivos los declaró no probados.

6. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por Colpensiones argumentando que, el demandante no indica en ningún momento que fue obligado a trasladarse de régimen, esto quiere decir que la selección del régimen pensional fue absolutamente espontánea, libre y sin que su consentimiento se viera restringido de alguna manera, abonado a esto indica que el demandante en ningún momento se acercó a comparar información, confirmando de esta manera que el ánimo suyo era de permanencia en los fondos privados. Resaltó que teniendo en cuenta la prohibición del artículo 2 de la ley 797 de 2003, en la que se indican que los afiliados no podrán trasladarse de régimen cuando les faltará 10 años o menos para cumplir la edad para tener su pensión, limitante en la cual se encuentre inmersa el demandante y la que tiene como fin evitar la descapitalización del RPMPD.

7. Alegatos de conclusión. Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre

diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

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

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que el señor Nicolás Ricardo Sanmiguel Duarte, se afilió al ISS, hoy Colpensiones, desde el 03 de marzo de 1981, hasta el 31 de julio de 2005 (Expediente electrónico, PDF07ContestacionColpensiones, pág. 90 a 100); se trasladó a Protección S.A. el 24 de julio de 1998, iniciando cotizaciones desde 01 de septiembre de 1998 hasta el 31 de marzo de 2001 (Expediente electrónico, PDF088ContestaciónProteccion, Pág. 40-41); se trasladó a Skandia S.A el 01 de abril de 2001, (Expediente Electrónico PDF09ContestacionLlamamientoGarantiaSkandia, pág. 23); se trasladó a Porvenir S.A. 25 de julio del 2007, con cotizaciones desde el 1 de septiembre hasta la actualidad. (Expediente electrónico, PDF06ContestacionPorvenir, Pág. 85-87)

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

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

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

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

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

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

Así, para la data en que el demandante se trasladó a la AFP Protección S.A., esto es, el 24 de julio de 1998, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

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

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 24 de julio de 1998, quedan sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el

acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

7. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la gestora de la litis haya permanecido por más de 20 años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

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

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

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

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

financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

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

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

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

Conforme a ello, es claro que proceda la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de las AFP codemandadas (durante el tiempo de permanencia del actor en cada AFP), debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos son frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

Ahora, como en la sentencia de primer grado no congloba de manera expresa la devolución de estos conceptos, así como tampoco se incluye dentro de la condena a Protección S.A. y Skandia S.A. a dicha devolución, habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por el A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados.

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

11. Llamamiento en garantía. En la medida que se impuso condena en contra de Skandia S.A., se hace necesario emitir pronunciamiento al respecto, así las cosas, es del caso precisar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 del C.G.P., el llamamiento en garantía es la figura jurídica mediante la cual se vincula a otro sujeto en el proceso judicial, para que esté, con ocasión a la condena, indemnice o reembolse el pago que tuviere que efectuar como resultado de esta, pero para que sus produzcan sus efectos, entre el llamado y el llamante primariamente debe existir una sujeción contractual o legal. En otras palabras, es requisito sine qua non que exista un vínculo jurídico entre

quien efectúa el llamado y el sujeto a quien se llama en garantía, que lo obligue por virtud de la relación legal o contractual que sostienen a indemnizar el perjuicio sufrido por aquel, como resultado de la sentencia que se imponga en la respectiva condena.

Surge de lo anterior, la carga de aportar la prueba acerca de la existencia del vínculo legal o contractual que lo legitime para formular el llamamiento en garantía, siendo requisito indefectible para su procedencia como se indicó en líneas atrás.

Así pues, descendiendo al asunto objeto de estudio, se advierte que la petición elevada por Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A. no cumple con dicha exigencia ya que si bien funda su solicitud en lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en tanto que tienen a su cargo la contingencia de riesgo de invalidez y sobrevivencia, de ahí que la citada Ley autorice a contratar seguros, para lo cual debe sufragarse con un porcentaje del aporte pensional que realice el actor; ello por sí solo no evidencia que dicha asegurada tenga como función garantizar patrimonialmente – que en últimas es la finalidad de la figura -, ninguna obligación que se contraiga a través de este juicio o que a su turno tenga que responder por los perjuicios que se llegaren a causar de la sentencia, como quiera que aquella solo le compete amparar riesgos de invalidez y sobrevivencia que como consecuencia de la afiliación de la promotora del proceso al fondo de pensiones codemandado, éste último tenga que sufragar.

En ese sentido, es claro que habrá de absolver de las pretensiones a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. respecto del llamado en garantía que se efectuó.

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

13. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y a favor del demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral **TERCERO** de la sentencia proferida el 25 de julio 2023, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, y en consecuencia, **ORDENAR** a la **AFP PROTECCIÓN S.A. SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A** devolver a **COLPENSIONES** las sumas descontadas por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, y sumas adicionales de la aseguradora, los cuales deberán asumir con sus propias utilidades, debidamente indexados, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

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

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de Colpensiones.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



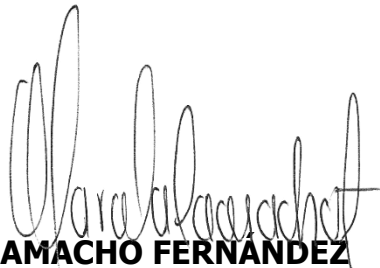
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

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



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: ADELA ROMÁN FARFÁN
Demandadas: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Radicación: 11001-3105-007-2022-00022-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – CONFIRMA

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre del dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Adela Román Farfán instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A. con el propósito de que se declare la nulidad por ineficacia de la afiliación y el traslado al Régimen de Ahorro con Solidaridad ante la omisión de la AFP Porvenir S.A. del deber de información, así mismo que se declare que el traslado de régimen pensional obedeció a la omisión de la información, engaño, error y asalto de la buena fe, que la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en virtud de la nulidad del traslado, permaneció incólume y por ello, surte todos los efectos legales; en consecuencia, se declare que la AFP Porvenir S.A. debe trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización trasladadas al momento del traslado del régimen, así como los demás dineros aportados durante todo el tiempo en que ha estado afiliada al RAIS; se ordene el traslado y la afiliación a Colpensiones sin solución de continuidad; se condene ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que, empezó a cotizar para el régimen de prima media en el mes de agosto de 1988; el 01 de abril de 1994 los fondos privados de pensiones iniciaron una agresiva publicidad por los distintos medios de comunicación, así como las visitas personales a las empresas públicas con el único fin de trasladar a los afiliados al régimen privado de pensiones; en abril de 2003, un asesor comercial de la AFP demandada promovió su traslado de régimen, sin que se le informara ningún aspecto general ni propio respecto de su afiliación y futuro pensional en el régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, no le advirtió que en su historia laboral había cotizado al régimen de prima media con prestación definida un total de 781,57 semanas, no le informó que se le exigía únicamente 1.000 semanas de cotización en toda la historia laboral; no le explico ni las ventajas o desventajas de uno y otro régimen, por ello, el 23 de abril, 2003, sin recibir la información técnica suficiente, transparente, equitativa y adecuada, y por ello, por móviles erróneos firmó el formulario de solicitud de traslado de régimen de pensiones; agotó reclamación administrativa ante Colpensiones el 09 de noviembre de 2021 y que solicitó a Porvenir S.A. la entrega de los soportes, proyecciones y asesoría que le entregó al momento de surtirse el traslado de régimen de pensiones. (Expediente digital PDF. 01Demanda, Pág. 1-

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

3. Notificación Ministerio Público. Fue notificado en debida forma (Expediente digital PDF. 16NotificacionProcuraduria.pdf); en ese sentido, se pronunció arguyendo que, era obligación de los fondos de pensiones dar información a los trabajadores afiliados, en sentido, debió ser en forma clara y suficiente, frente al traslado de régimen pensional, donde debió haber sido de manera voluntaria y sin ningún vicio del consentimiento y señaló que, se debía tener en cuenta que, la trabajadora, en este caso, es la parte débil de la relación. No propuso excepciones de fondo. (Expediente digital PDF. 19ConceptoProcuraduria.pdf)

4. Contestación de la demanda

4.1. Colpensiones. En la contestación de la demanda, se opuso a cada una de las pretensiones de la demanda tanto declarativas como condenatorias, exponiendo que, dentro del expediente no obra prueba alguna que dé cuenta que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, señaló que, no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante, dijo que, se observa que las documentales se encuentra sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, no procedería el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el cual modificó el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de mérito, errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica. (Expediente digital pdf. 11ContestacionColpensiones.pdf – pág. 3-46)

4.2. AFP Porvenir S.A. La llamada a juicio se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que, la vinculación de régimen pensional efectuado por la demandante al fondo administrado por Porvenir S.A. es completamente válida, porque esta brindó la información pertinente y necesaria, ya que estuvo precedido de una asesoría oportuna, profesional, informada y con elementos de juicio objetivos, para la toma de una decisión lo más informada posible, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, señaló que, esta ajustado a lo dispuesto en el artículo 30 del mismo Decreto, razón por la cual, indicó que, sería improcedente declarar ineficaz este acto jurídico, debido a que este, se dio en el marco de las condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento; hizo hincapié que, la demandante suscribió de manera libre, espontánea y completamente informada el traslado de régimen con mi mandante, toda vez que recibió asesoría verbal amplia y suficiente, por último, señaló que, no es viable que la demandante alegue transcurridos más de 17 años de su traslado inicial de régimen pensional, la voluntad de retornar al RPM, cuando teniendo la posibilidad de ejercer su derecho al retracto no lo hizo y, teniendo la posibilidad de trasladarse de régimen, resolvió continuar en el mismo realizando sus aportes. A su favor propuso excepciones de mérito, como lo fue, la prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Expediente digital PDF. 10ConstestacionPorvenirr.pdf – Pág.

2-41)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 02 de agosto de 2023, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS efectuado por la accionante, en ese sentido ordenó al fondo de pensiones Porvenir S.A., a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual, dineros que deben incluir los todos rendimientos que se generen hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, así mismo, ordenó a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los descuentos realizados de los aportes pensionales desde la fecha de traslado de régimen, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones 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, de igual manera, Porvenir S.A. deberá presentar un informe al Juzgado discriminando todos los valores que son devueltos a Colpensiones en cada uno de los procesos, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, los descuentos de los aportes que son objeto de devolución, el valor de la indexación que igualmente se devuelve y toda la información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de la sentencia, en ese sentido, ordenó a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad a la actora, por último, declaró no probada las excepciones, condenó en costas a Porvenir y Colpensiones.

La decisión del *A quo* se basó en que, en primer lugar el deber de información debe ser garantizado por parte de las administradoras de fondo de pensiones al momento de tramitar el traslado de régimen, en ese sentido señaló que la Corte Suprema de Justicia, dijo que, el Decreto 663 de 1993 aplicable para los fondos de pensiones señala el deber de información que se les debe brindar a las personas que tengan la intención de vincularse en el fondo de pensiones, para que se les permita escoger las mejores opciones del mercado, de esta manera señaló que, los fondos de pensiones tenían la obligación de entregar la información suficiente y transparente, para que le permitiera al trabajador elegir entre las distintas opciones posibles y aquella que se ajustará sus intereses, entonces expresó que, se puede concluir claramente que desde la creación de los fondos de pensiones con la Ley 100 de 1993 siempre ha existido el deber de información en cabeza de las AFP, asimismo señaló que, el Código Civil expresa que los contratos deben ir cargados del principio de buena fe. De lo anterior, hizo hincapié que, los fondos de pensiones olvidaron que estaban prestando un interés social orientado al reconocimiento de los derechos pensionales en Colombia, es por eso que es obligación de informar a los trabajadores no nació a partir de la ley 100 de 1993; recalcó que, la Corte Suprema de Justicia dentro de la jurisprudencia, estableció tres momentos para que se diera cumplimiento al derecho de información, el primera, es el deber de información para que no se diera al menos cabo de los derechos laborales y la autonomía personal, el segundo es la asesoría y el buen consejo y la tercera etapa es el deber de la doble asesoría, dado que, esa información debe mantenerse desde la afiliación durante el tiempo que se mantenga la vinculación de trabajador por lo tanto, debe ser completa y comprensible. En cuanto a la carga de la prueba, señaló el juzgador que, es el fondo de pensiones quien debe controvertir que efectivamente le brindó toda la asesoría completa y transparente al momento de realizar el traslado, es así como evidencio que, Porvenir S.A. faltó a ese deber de información, toda vez que, dentro del expediente no obra prueba alguna sobre la información que le dio brindar al momento de la afiliación. Por otro lado, en cuanto al interrogatorio dijo que, la demandante no expresó ningún tipo de confesión que afectaran sus intereses, para concluir adujo que, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que en estos casos se declara es la ineficacia del traslado, ya que, se pueden ver perjudicados los intereses y derechos pensionales que tiene la demandante, dado que, no es suficiente la sola suscripción del formulario.

Frente a la excepción de descapitalización, que propuso Colpensiones, el despacho estimó que no se ve amenazado el principio de sostenibilidad financiera con la ineficacia que se ordena, por cuanto Porvenir tiene el deber de devolver a Colpensiones, todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual, por lo tanto, a su juicio Colpensiones si tiene como financiar las mesadas de dichas ineficacias; con respecto a la excepción de prescripción, dijo que, el artículo 48 de la Constitución Política define la seguridad social como un derecho irrenunciable e imprescriptible, por lo tanto, esa figura no opera en esta clase de procesos porque afectaría derechos de carácter superior de los trabajadores, las demás las declaro no probadas. (Expediente electrónico. 28AudienciaArt80.mp4)

6. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales.

6.1. Porvenir S.A. Interpuso recurso de apelación parcial, respecto al numeral segundo de la sentencia proferida en primera instancia, específicamente frente a la orden que devolución de los gastos administración, primas de seguros y porcentaje destinado al fondo de garantía mínima, bajo el argumento que, dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFP, está la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de sus afiliados, resulta incompatible y excluyente ordenar la indexación con recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante, dado que, no se vieron afectados por la inflación, por el contrario, resalto que, se le han generado rendimientos que no se le hubiesen dado en el RPMPD, por lo que ordenar a la AFP a indexar cualquier suma de dinero, sin duda, es poner una doble sanción, porque los rendimientos financieros obtenidos por la gestión de la demandada superan con creces la posible pérdida del poder adquisitivo de los dineros de la afiliada. (Expediente electrónico. 28AudienciaArt80.mp4)

6.2. Colpensiones. Sustentó el recurso de apelación argumentando que, el juzgador paso por alto que para la fecha la normatividad aplicable era la Ley 100 de 1993 y sólo bastaba con la aceptación espontánea, libre y voluntaria del afiliado para trasladarse de régimen que se manifestaba a través de la firma del formulario; por otro lado, indicó que, para la fecha de suscripción del formulario no existía la Ley 1748 de 2014 ni el Decreto 2071 de 2015, con los cuales nace la obligación de las AFP de una doble asesoría a sus afiliados, por lo tanto, las pruebas deben ser valoradas con respecto a la normatividad vigente a la fecha de materialización del traslado, por lo que no se puede exigir a la administradora pruebas que para en su momento no eran aplicables, adicional a ello, la entidad no participó en el trámite del traslado, y tal formulario no ha sido tachado de falso, por lo que es claro que, la afiliada si tenía la intención de permanecer al RAIS. Finalmente, señala que ella ha permanecido por más de 20 años a ese régimen, por lo que, Colpensiones resultaría lesionada con la decisión adoptada, por cuanto se presenta afectación del equilibrio y sostenibilidad financiera del sistema consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política; aunado a lo anterior, la accionante se encuentra inmersa en la prohibición del artículo 2 de la Ley 767 del 2003, por lo que no se puede trasladar a Colpensiones, en la medida que le faltan menos de 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión y las cotizaciones de los afiliados al sistema no son suficientes para pagar las pensiones. De otro lado, refirió que, la entidad ha actuado en cumplimiento del orden legal y que nada tiene que ver con la decisión que tomó la demandante, fue decisión autónoma, libre y voluntaria, por lo que en su concepto no hay lugar a la imposición de costas. (Expediente electrónico. 28AudienciaArt80.mp4)

7. Alegatos de conclusión. Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

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

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra que Adela Román Farfán realizó cotizaciones a la parte accionada ISS, hoy Colpensiones desde el 14 de marzo de 1988 hasta el 31 de mayo de 2003 (Expediente digital, PDF 11ContestacionColpensiones.pdf – pág. 89-96), quien con posterioridad se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad de la siguiente forma:

- AFP Porvenir S.A. el 23 de abril de 2003, efectivo a partir del 01 de junio de la misma anualidad, hasta la fecha, según el formulario N° 10313990. (Expediente digital, PDF 10ContestacionPorvenir.pdf – pág. 72)

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

ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

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

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2003-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

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

		lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para que la actora se trasladó a AFP Porvenir S.A., el 23 de abril de 2003, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en que se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada régimen pensional, para que el afiliado conociera la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo que implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes.

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

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

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

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si el precursor de la litis está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para

adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

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

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

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

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

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

Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

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

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

10. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración, comisiones, los rendimientos financieros, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que son igualmente imprescriptibles (SL1688-2019, SL1421-2019, SL4426-2019, SL4360-2019, SL373-2021 y SL2300 de 2023).

11. Costas en primera instancia. Finalmente, debe recordarse que el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, no siendo procedente no condenarlas y menos aun cuando se opusieron a todas las pretensiones de la demanda, por lo que este punto de apelación resulta infructuoso.

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

DECISIÓN

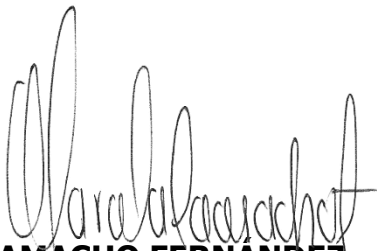
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de agosto 2023, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con la parte motiva de este fallo.

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

Magistrada

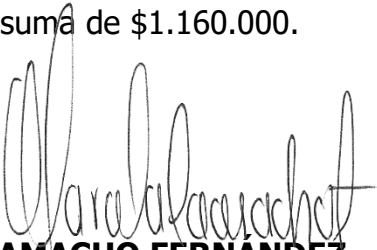


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

Magistrado

AUTO PONENTE

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



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: OSWALDO LEAL TORRES
Demandadas: COLPENSIONES Y OTROS
Radicación: 11001-3105-028-2021-00178-02
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – CONFIRMA

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre del dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Oswaldo Leal Torres instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, AFP Porvenir S.A., AFP Protección S.A. y AFP Skandia S.A. con el propósito de que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS con estas AFPs; en consecuencia, se ordene a la AFP Porvenir S.A. a trasladar junto con todos los valores que hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses, y rendimientos causados a Colpensiones y que esta última reciba como afiliado, sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; se condene ultra y extra petita.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 10 de julio de 1964; realizó cotizaciones para pensión al ISS, desde el 12 de mayo de 1988 hasta el 30 de marzo de 1998; fue trasladado al RASI, mediante formulario diligenciado el 24 de marzo de 1998 con la AFP Protección S.A.; al momento del traslado no se le proporcionó una asesoría profesional, clara, completa, suficiente y oportuna, que le permitiera comprender los requisitos, condiciones y riesgos de dicho régimen; refiere que se encuentra afiliado a la AFP Porvenir S.A., no se encuentra pensionado por los riesgos de vejez o invalidez; presentó escrito dirigido a Colpensiones, solicitando tenerlo como afiliado sin solución de continuidad, de acuerdo a lo previsto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, petición que fue resuelta de manera negativa. (Expediente digital PDF. 01Demanda.pdf, Pág. 1 a

17)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital PDF. 04Agencia.pdf); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En la contestación de la demanda, se opuso a cada una de las pretensiones de la demanda tanto declarativas como condenatorias, exponiendo que, se evidencia que se proyecta dicha demanda con el fin de tener beneficios económicos, así mismo que, el traslado se encuentra ajustado al artículo 13 de la Ley 100 de 1993 toda vez que, la parte actora prefirió trasladarse al régimen de ahorro individual e igualmente allí cambió de AFP, lo que significa que existe una ratificación tácita, puesto que, aceptó

las condiciones que hacen parte de ese régimen, en ese sentido indicó que el Decreto 2255 de 2010 expresa que es un deber legal como afiliado al sistema general de pensiones estar pendiente de su estatus pensional y que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando se haya superado el límite de los 10 años o menos para cumplir con los requisitos del derecho a la pensión de vejez. Propuso excepciones de mérito, como, inexistencia afectación por protección judicial SL373-2021, perfeccionamiento actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad e innominada o genérica. (Expediente digital pdf. 06ContestacionColpensiones. PDF, pág. 2-14).

3.2. Porvenir S.A. La llamada a juicio se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que, el traslado de régimen pensional que realizó el demandante al RAIS primigeniamente y los posteriores traslados horizontales son completamente válidos, ya que, estuvieron precedidos de una asesoría oportuna, profesional, informada y ajustada a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 663 de 1993; en ese sentido, afirmó que, no se dan los supuestos necesarios para declarar la ineficacia de la afiliación, por el contrario se evidenció que el accionante durante el tiempo de vinculación a ese régimen tuvo todas las posibilidades de conocer las características y condiciones, entonces indicó que, el demandante no puede alegar la falencia en la información entregada por los fondos toda vez que, la misma se encuentra establecida en el ordenamiento jurídico y que no resulta plausible que el actor alegue que no fue asesorado de manera completa, clara, veraz, oportuna, adecuada y suficiente sobre las diferencias de los regímenes, los beneficios y desventajas al momento de suscribir el formulario de afiliación. En su favor propuso excepciones de fondo, como lo fue, prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

(Expediente digital PDF. 11ContestacionPorvenir.pdf – Pág. 2-29)

3.3. Protección S.A. Contestó el libelo introductor oponiéndose a las pretensiones de la demanda, bajo el argumento que, se encuentra bajo un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, expresó que, el formulario de vinculación suscrito por la parte actora se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre ambas partes, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la parte demandante, por lo que, dijo que, dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, reitero que, el mismo se hizo de forma libre y voluntaria, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994 respetando el derecho a la libre selección de régimen consagrado en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, en vista que la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación, lo que constituye una manifestación inequívoca en el sentido de trasladarse al Fondo de Pensiones Obligatorias Protección S.A. y un acto válido y existente. Formuló las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe e innominada o genérica. (Expediente digital PDF. 15ContestacionProteccion.Pdf – Pág. 3-34)

3.4. Skandia S.A. Se opuso a cada una de las pretensiones de la demanda, y por lo tanto, contestó la demanda argumentando que, no se evidencia situación alguna que permita invalidar los actos jurídicos conscientes y claros que el demandante suscribió con las diferentes entidades que integran el sistema de seguridad social en pensiones, por lo

que, resulta improcedente declarar la ineficacia del traslado inicial al RAIS y sus posteriores vinculaciones horizontales, asimismo señaló que, no puede pasarse por alto los distintos traslados horizontales que realizó el actor después de su traslado inicial, por lo que da cuenta, que se vio una voluntad informada y evidente en cada traslado y una vocación de permanencia en el RAIS y contando con la posibilidad de retornar al RPMPD decidió continuar realizando constantes traslados horizontales al interior del régimen privado, sin que, en ningún momento el actor manifestará inconformidad con las condiciones que le ofrecieron; a su vez indicó que, el traslado horizontal efectuada, goza de completa validez en la medida que se le proporcionó al recurrente una información clara, veraz y oportuna sobre las características, ventajas y desventajas para que él tomara una decisión libre y voluntaria acerca del traslado efectuado. Formuló excepciones de fondo, tales como, prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Expediente digital PDF. 09ContestacionSkandia.Pdf – Pág. 3-31) Por otro lado, dentro del escrito, llamó en garantía a la aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., argumentando que, en caso de que en el presente trámite judicial se ordene la devolución de primas del seguro previsional, sea esa aseguradora la obligada a tal devolución, en tanto fue esa sociedad la que recibió tales ingresos (primas) y, por tanto, es en el patrimonio de esta donde reposan esas sumas. (Expediente digital PDF. 09ContestacionSkandia.Pdf – Pág. 94-102)

4. Trámite procesal. En proveído del 29 de junio de 2022, se dispuso a negar el llamamiento en garantía a la aseguradora a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. (Expediente electrónico, PDF. 12NiegaLlamamientoRequiere.pdf) al cual la apoderada de la AFP Skandia S.A. interpuso recurso de apelación (Expediente electrónico, PDF. 13RecursoApelacion.pdf), sin embargo, esta instancia decidió confirmar lo expuesto por el *a quo*. (Expediente electrónico, PDF. 19AutoObedezcaseyCumplase.pdf).

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 17 de octubre de 2023, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS efectuado por el actor, en ese sentido, declaró como afiliación válida la del RPMPD, por lo tanto, condenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar los aportes pensionales o cotizaciones contenidos en la cuenta de ahorro individual del recurrente 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, a esta última la condenó a activar la afiliación del demandante en el RPMPD; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a Porvenir, Protección, Colpensiones y Skandia.

La decisión del Juez se basó en que, estos casos deben abordarse desde la institución del ineficacia, por ser esta es la consecuencia jurídica que previó el legislador en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, al señalar que cualquier persona, sea natural o jurídica que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de la Seguridad Social, por lo que, creo una multa, que previene de manera expresa que dicha afiliación queda sin efecto, por cuanto resulta desproporcionado exigirle al afiliado que demuestre la existencia de algún vicio en su consentimiento, en ese sentido, señaló que, le corresponde la AFP la carga de probar en qué circunstancias se hizo el ofrecimiento del actor de las condiciones, en que se le otorgó el traslado del régimen, si se le brindó una información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo, y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales para que su consentimiento estuviese debidamente informado y así escoger el que mejor le conviniera, trajo a colación que la Corte Suprema de Justicia, señaló que, se requiere que la administradora de ahorro individual haya suministrado una

información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, además que bajo el criterio de transparencia se resalte no solo lo favorable, sino todo lo que se deriva con la aceptación del traslado e incluso si fuera el caso, se debe desanimar el interesado en tomar una decisión que perjudique a sus intereses y que la omisión en dicha obligación de información trae como consecuencia la ineficacia del traslado; en el caso objeto de estudio, indicó la juzgadora que no se logró acreditar que el demandante hubiese recibido la información por parte de la AFP, sobre las ventajas y desventajas que le conllevaba el traslado al régimen pensional al momento de ser acogido como afiliado, por otro lado, señaló que, dentro del interrogatorio de parte, el actor adujo que, tales afiliaciones se dieron por sugerencia o derivado de su contratación laboral, con eso, confirmó que las AFP no suministraron una información clara, precisa, precisa y detallada al accionante sobre las consecuencias de su traslado, situación que constituye omisiones en su deber de información y que, en efecto, la entidad no allegó prueba alguna con la que se demuestre que al momento de acoger como afiliado al señor Leal, el asesor de la época, hubiese efectuado una simulación o proyección a futuro o un cuadro comparativo de vejez que este podría recibir en un régimen pensional o en otras situaciones que puedan llevar a concluir que no se cumplió con los requisitos señalados por la jurisprudencia para ser considerada como idónea la información suministrada a fin de realizar un traslado al régimen pensional. (Expediente electrónico. 26AudioAudiencia)

6. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales.

6.1 Colpensiones. Sustentó el recurso de apelación argumentando que, el actor no logró probar que existieran vicios del consentimiento, como el error, la fuerza o el dolo, al momento de realizar el traslado del régimen y la afiliación realizada por el demandante se hizo conforme a derecho; indicó que conforme lo consagrado en el artículo segundo de la Ley 797 del 2003, el actor se encuentra inmerso en una prohibición, como quiera que le faltan menos de 10 años para cumplir la edad de pensión, por lo que no es procedente el traslado, adicionalmente, este precepto tiene por finalidad evitar la descapitalización del fondo común del RPMPD. (Expediente electrónico. 26AudioAudiencia)

6.2 AFP Porvenir S.A. Interpuso recurso de apelación aduciendo que, de conformidad con el material probatorio que se recaudó, se advierte que las afiliaciones efectuadas en el RAIS gozan de plena validez jurídica, de igual forma. Sostiene que el demandante efectuó varios traslados horizontales que son completamente válidos y que se cumplen con todos los requisitos legales que estableció el legislador para esas épocas, sumado a ello, explicó que, en ningún momento Porvenir vulneró el derecho a la libre escogencia de régimen pensional, sino por el contrario, el afiliado decidió ratificar su voluntad de permanecer afiliado a este régimen de ahorro individual sin presentar algún tipo de inconformidad alguna, y si bien se indica que la mesada pensional en el RAIS es inferior que en el RPMPD, ello eso no es óbice para declarar una ineficacia de traslado, porque es un asunto económico y no va ligado con el deber de información. Por otro lado, respecto a la condena de trasladar a Colpensiones lo correspondiente a las cotizaciones gastos de administración, seguros de invalidez y sobre sobrevivencia, entre otros rubros de manera indexada, señaló que estos no son procedentes, dado que se generó una rentabilidad de esos aportes pensionales, teniendo en cuenta la variabilidad del mercado, sumado a ello los gastos iban dirigidos a los gastos de administración; respecto a la indexación, dijo que, trasladar dichos rubros de manera indexada, se estaría generando un doble pago, generando un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones; en cuanto a el traslado del porcentaje al fondo de garantía de pensión mínima con cargo a los propios recursos es improcedente, precisamente porque esa garantía de pensión mínima que se encuentra establecida en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993; con respecto a las costas, solicitó sean desestimadas, en vista que actuó de buena fe de conformidad con el artículo 112 la

Ley 100 de 1993. Finalmente, respecto a la excepción de prescripción, solicita que la misma también sea estudiada nuevamente, ya que los gastos de administración y seguro previsional no hacen parte de la cuenta de ahorro individual, no se encuentran ligados con el derecho a la Seguridad Social. (Expediente electrónico. 26AudioAudiencia)

7. Alegatos de conclusión. Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

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

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra que Oswaldo Leal Torres realizó cotizaciones a la parte accionada ISS, hoy Colpensiones desde el 12 de mayo de 1988 al 31 de marzo de 1998 (Expediente digital, PDF 01Demanda.pdf – pág. 112 a 117), quien con posterioridad se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad de la siguiente forma:

- AFP Colmena hoy Protección S.A. el 01 de mayo de 1998 al 31 de marzo de 2001, según el historial de vinculaciones de Asofondos. (Expediente digital - 15ContestacionProteccion.pdf, pág. 43)

- AFP Horizonte el 01 de abril de 2000 al 31 de marzo de 2001, según el historial de vinculaciones de Asofondos. (Expediente digital - 11ContestacionPorvenir.pdf, pág. 64)
- AFP Skandia S.A. el 01 de noviembre de 2013 al 30 de septiembre de 2014, según el historial de vinculaciones de Asofondos. (Expediente digital - 11ContestacionPorvenir.pdf, pág. 64)
- AFP Porvenir S.A. el 01 de octubre de 2014 hasta la fecha, según el historial de vinculaciones de Asofondos. (Expediente digital - 11ContestacionPorvenir.pdf, pág. 64 a 66)

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

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

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

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

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

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

Así, para la data en que el actor se trasladó a AFP Colmena hoy Protección S.A., esto es 01 de mayo de 1998, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

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

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

un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".

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

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

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

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque el actor se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP Porvenir S.A., AFP Skandia S.A. y AFP Protección S.A, en el año 1998, 2001 y 2013 respectivamente, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 01 de mayo de 1998, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración, comisiones, los rendimientos financieros, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que son igualmente imprescriptibles (SL1688-2019, SL1421-2019, SL4426-2019, SL4360-2019, SL373-2021 y SL2300 de 2023).

12. Costas en primera instancia. Finalmente, debe recordarse que el art. 365 del CGP

prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, no siendo procedente no condenarlas y menos aun cuando se opusieron a todas las pretensiones de la demanda, por lo que este punto de apelación resulta infructuoso.

13. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones y a favor del demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

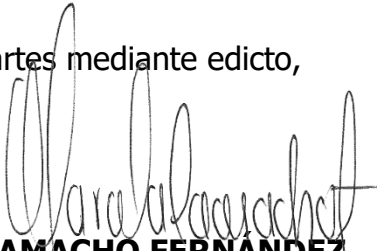
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

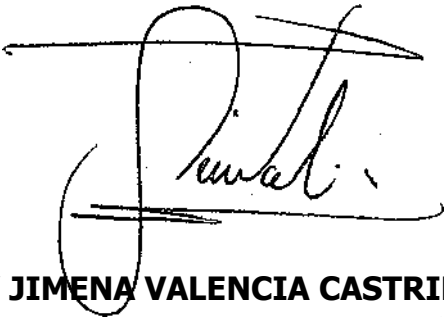
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de octubre de 2023, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con la parte motiva de este fallo.

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

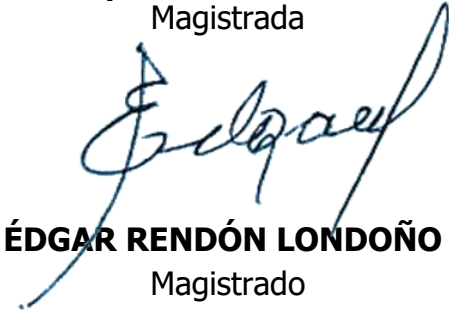
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

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



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ

Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MAGDA PATRICIA VERGARA SANABRIA
Demandadas: COLPENSIONES Y OTROS
Radicación: 11001-3105-029-2022-00492-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – ADICIONA

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre del dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Magda Patricia Vergara Sanabria instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A., con el propósito de que declare la ineficacia de la afiliación del RPMPD al RAIS, que solicitó el 01 de septiembre de 1995, ante la AFP Protección S.A., por existir engaño y asalto a su buena fe induciéndole al error y viciando su consentimiento, para que se trasladara al régimen de ahorro individual al que pertenece dicha administradora; se declare la ineficacia del traslado horizontal efectuado el mes de enero de 1999 ante la AFP Porvenir S.A.; en consecuencia, se ordene a la AFP Porvenir S.A. retornar todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado al RPMPD, a su vez, se le ordene a Colpensiones a recibir a la actora y mantenerla como afiliada sin solución de continuidad; se condene al pago de costas y agencias en derecho, y lo que resulte ultra y extra petita.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que, desde el 18 de julio de 1986 hasta el mes de agosto de 1995, estuvo afiliada al ISS, hoy Colpensiones, que acumuló un total de 333,71 semanas; el 01 de septiembre de 1995, se trasladó a la AFP Protección S.A. cuando laboraba para Quiroga Plazas y Cía. Ltda., donde el asesor, le indicó que, tendría garantías y mejores condiciones de pensión al momento de pensionarse, que tendría mayores rendimientos, que podía acceder a la pensión de manera anticipada cumpliendo exclusivamente con una cantidad de semanas cotizadas, que debía trasladarse por ser lo más conveniente pues el ISS entraría en liquidación y corría el riesgo de perder el tiempo cotizado; no le brindaron información sobre el derecho de retracto; no se le indicó las consecuencias que acarrearía el trasladarse de régimen; refirió que realizó traslados de carácter horizontal para el mes de enero de 1999 ante la AFP Porvenir S.A. en donde tampoco se le brindó una debida información; durante toda su vida laboral ha cotizado 1.303 semanas conforme a la información que reposa en su Historia Laboral; solicitó antes las demandadas se declarara la nulidad del traslado y su retorno al RPMPD, petición que fue negada. (Expediente digital PDF. 01Demanda.pdf, Pág. 1-15)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital PDF. 08ConstanciaNotificacion.pdf); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En la contestación de la demanda, se opuso a cada una de las pretensiones de la demanda tanto declarativas como condenatorias, exponiendo que, la afiliación realizada al RAIS tiene plena validez, más aún, cuando no se observa ningún vicio en el consentimiento dentro del acto de afiliación y se evidencia la libertad de escogencia de régimen pensional de la demandante, por lo tanto, tal afiliación se dio con el lleno de los requisitos legales exigidos para dicho momento, por lo que es improcedente la devolución de los aportes al RDMPD, más aún cuando la demandante se encuentra inmersa dentro de la prohibición normativa de la Ley 797 de 2003. Propuso excepciones de fondo, como, prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones. (Expediente digital pdf. 09ContestacionColpensiones.pdf – pág. 2-16)

3.2. AFP Porvenir S.A. La llamada a juicio se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que, el traslado realizado gozó de plena validez jurídica por lo cual, no hay causal para declarar su eficacia o nulidad, teniendo en cuenta que, no existe vicio del consentimiento o causal de ineficacia en la afiliación, llevándose así de manera libre, voluntaria y sin presiones, y que, el correspondiente asesor suministró la totalidad de la información detallada, clara, precisa y oportuna respecto de los efectos jurídicos existentes; en ese sentido, dijo que, la parte demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal que consagra la Ley 797 de 2003, toda vez que cuenta con menos de 10 años para cumplir la de pensión; por otro lado, indicó que, acceder al traslado de bonos pensionales rendimientos y gastos de administración, entre otros, se estaría generando un enriquecimiento sin causa en favor de la actora. En ese sentido, a su favor propuso excepciones de mérito, como lo fue, buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS, enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas. (Expediente digital PDF. 06ContestacionDemandaPorvenir.pdf – Pág. 3-23)

3.3. AFP Protección S.A. En proveído del 01 de agosto de 2023, el juzgador dio por no contestada la demanda por parte de la AFP Protección S.A. (Expediente digital PDF. 11AutoContestadaDemanda.Pdf)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 17 de noviembre de 2023, en la que la fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado pensional que hiciere la demandante ante la AFP Protección S.A. con fecha de solicitud 02 de agosto de 1995 inicio efectividad 01 de septiembre de la misma anualidad; declaró que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPMPD; ordenó a la AFP Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones los valores por cotizaciones, rendimientos y sumas de dinero destinada para garantía de la pensión mínima y que de lo anterior, Colpensiones reciba dichos valores, finalmente, no abstuvo de condenar en costas.

La decisión del a quo se basó en que, de que conformidad con la línea jurisprudencial desarrollada por la Corte Suprema de Justicia, desde el año 2008 hasta la actualidad, le corresponde al fondo demandado al cual traslado la accionante, demostrar en el juicio que para la época de sus traslado, se le brindó información, consiste en la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgo de cada uno de los regímenes pensionales, cuáles eran las características propias de cada uno de los regímenes pensionales, las formas o requisitos que se deben exigir en cada uno de los regímenes, para obtener la pensión, así como también, la forma de liquidar dicho derecho, entre

otros. Por otro lado, señaló que, el formulario de afiliación que se aportó al plenario, no da cuenta del deber de información, respecto del interrogatorio de parte, sostuvo que con el mismo no se logró la confesión de la demandante, al ser ello así, no se había cumplido con el deber de información. (Expediente electrónico. 17AudioAudienciaJuzgamiento)

5. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por parte de **Colpensiones** en contra del numeral segundo de la sentencia proferida, argumentando que, dentro de la devolución de recursos por parte de la AFP, también se deben incluir los gastos de administración y seguros previsionales, los descuentos al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los rendimientos y la devolución de bonos pensionales, por lo que solicita la adición de la providencia en ese sentido. (Expediente electrónico.

17AudioAudienciaJuzgamiento)

6. Alegatos de conclusión. Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

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

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra que Magda Patricia Vergara Sanabria realizó cotizaciones al ISS, hoy Colpensiones desde el 18 de julio de 1986 al 31 de agosto

de 1995 (Expediente digital, PDF 01Demanda.pdf – pág. 154-156), quien con posterioridad se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad de la siguiente forma:

- AFP ING hoy Protección S.A. el 01 de septiembre de 1995 al 31 de enero de 1999, según el historial de vinculaciones de Asofondos. (Expediente digital - 06ContestacionDemandaPorvenir.pdf, pág. 92)
- AFP Colpatria hoy Porvenir S.A el 01 de febrero de 1999 hasta la fecha, según el historial de vinculaciones de Asofondos y formulario de afiliación. (Expediente digital - 06ContestacionDemandaPorvenir.pdf, pág. 92 y 105)

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

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

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

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

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

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

Así, para la data en que el actor se trasladó a ING hoy Protección S.A., esto es 01 de septiembre de 1995, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

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

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

un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)."

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

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

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

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque el actor se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió Protección S.A. y Porvenir S.A. y., en el año 1995 y 1999 respectivamente, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 01 de mayo de 1998, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

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

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

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

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

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

10. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

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

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

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

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

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, no congloba de manera expresa la devolución de gastos de administración ni comisiones o sumas adicionales de la aseguradora, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem, indicando también que, el objeto de apelación frente a este punto es prospero para Colpensiones.

11. Costas en esta instancia. En segunda instancia no se impondrán costas a cargo de Colpensiones, por haber salido avante el recurso de apelación impetrado.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR en el numeral segundo de la sentencia proferida el 17 de noviembre de 2023, por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y, en consecuencia, **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP) devolver a **COLPENSIONES**, además de los aportes, cotizaciones, rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, las sumas descontadas por concepto de comisiones, gastos de administración y porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de **MAGDA PATRICIA VERGARA SANABRIA**, ordenando que dichos conceptos, así como los demás señalados por el A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

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

TERCERO: SIN CONDENA costas en esta instancia, en vista que el recurso de apelación salió avante.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JORGE ELIECER VIGOYA CASAS
Demandadas: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Litisconsorcio necesario: COLFONDOS S.A. Y PROTECCIÓN S.A.
Radicación: 11001-3105-010-2019-00874-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – CONFIRMA

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre del dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Jorge Eliecer Vigoya Casas instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP Porvenir S.A., con el propósito de que se declaré la nulidad y/o ineficacia del acto jurídico del traslado del RPMPD al RAIS, como afiliado actual a la AFP Porvenir S.A. por presentar vicio en el consentimiento, por no haberse proporcionado una información veraz, suficiente, transparente y oportuna, que le permitiera elegir entre las distintas opciones que mejor se ajustara a sus intereses, garantizando una afiliación libre voluntaria precedida por los principios de prevalencia del interés general, entre otros de quien presta un servicio público relacionado con las pensiones; se declare, que tiene derecho a permanecer afiliado al RPMPD; en consecuencia, se ordene el traslado de los aportes realizados por en Porvenir S.A., con sus rendimientos correspondientes, lo mismo que el bono pensional; condenar a Colpensiones a registrar y activar su afiliación sin solución de continuidad; así como condenas ultra y extra petita y costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 15 de agosto de 1958 y se afilió al ISS hoy Colpensiones el 01 de enero de 1977 cotizando 258 semanas, vinculación que perduró hasta el 12 de junio de 2001; se trasladó al RAIS como afiliado a la AFP Colfondos S.A. con fecha de 15 de mayo de 1996, cotizando 50 semanas; que el traslado se produjo sin habersele informado las ventajas y desventajas; se afilió a la AFP Santander S.A., el día 13 de junio de 2001, retirándose el 10 de octubre de 2002, en donde tampoco se le brindó información sobre las ventajas y desventajas de dicho traslado; se trasladó a la AFP Porvenir S.A. con fecha del 10 de noviembre de 2001, y actualmente es afiliado y cotiza a dicho fondo, con un total de 907 semanas; nunca hubo consentimiento informado, dado que los fondos, no efectuaron una actividad de asesoramiento responsable, veraz, suficiente, transparente y oportuna le que permitiera elegir entre distintas opciones, el régimen que se ajustara a sus intereses; remitió solicitud con fecha de 29 de agosto de 2019 a Colpensiones solicitando la nulidad del traslado, petición que fue negada. (Expediente digital PDF. 01ExpedienteFisicoDigitalizado, Pág. 73-84)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital PDF. 04NotificacionAndje.pdf); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En la contestación de la demanda, se opuso a cada una de las pretensiones de la demanda tanto declarativas como condenatorias, exponiendo que no es procedente declarar que el contrato de afiliación entre el actor y la AFP Porvenir S.A., es nulo, en vista que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, que demuestran que el traslado efectuado por el demandante al RAIS, se llevó de manera libre y voluntaria, señaló además que, la AFP suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse de régimen; hace hincapié que, la afiliación se generó sin ningún vicio del consentimiento; en ese sentido, concluyo, que el demandante recibió toda la información necesaria para realizar el traslado, que explicó, fue de manera voluntaria y no se le vulneró ninguno de los derechos descritos en la parte petitoria de la demanda, finalizó diciendo que, se le respeto al actor su derecho de afiliación al suscribir formulario con el RAIS, ya que, era una persona que gozaba de toda capacidad legal. Finalmente, propuso excepciones de mérito propuso prescripción, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, inexistencia del derecho y de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe e innominada o genérica (Expediente digital pdf. 07contestaciondemandacolpensiones.pdf – pág. 3-15)

3.2. Porvenir S.A. La llamada a juicio se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que la vinculación del recurrente en el año 1999 fue producto de su voluntad y de su decisión libre e informada, señaló que, sucedió después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión sobre el funcionamiento del RAIS, se le indicó sobre las condiciones pensionales, conforme se aprecia en la solicitud de vinculación N° 01147855, documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT, por lo que no es procedente decretar la ineficacia. Como excepciones de mérito interpuso las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica. (Expediente digital PDF. 09ContestacionDemandaPorvenir.pdf – Pág. 2-34)

4. Trámite procesal. En proveído del 21 de enero de 2022, se dispuso a integrar como litis consorte necesaria a Colfondos S.A. y Protección S.A. (Expediente electrónico, PDF. 13AutoAvocaCalificaVincula.PDF); quienes presentaron escrito de contestación así:

4.1. AFP Protección S.A. Contestó el libelo introductor oponiéndose a las pretensiones de la demanda, bajo el argumento que fue un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, y que el formulario de vinculación suscrito por la parte actora se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre ambas partes, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la parte demandante; tal manifestación, estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, manifestación que se realizó en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, a través de la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación, lo que constituye una manifestación inequívoca en el sentido de trasladarse al fondo y un acto válido y existente. Formuló 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, innominada o genérica, 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, 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, traslado de la totalidad de los aportes a la

AFP Porvenir y aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto. (Expediente digital PDF. 17ContestacionDemandaProteccion.Pdf – Pág. 3-25)

4.2 AFP Colfondos S.A. Se opuso a cada una de las pretensiones de la demanda, y por lo tanto, contestó la demanda argumentando que, cumplió con las formalidades para la afiliación del actor, dado que la misma fue libre y espontanea, a su vez, el afiliado tenía conocimiento de como operaba el RAIS, jamás existió omisión en la información, como tampoco se presentó indebida o equivocada asesoría, por lo tanto, resaltó que, el demandante es una persona mentalmente estructurada que contaba con la capacidad de sopesar los argumentos manifestados por los asesores, a fin de determinar si realmente le convenía o no tomar dicha decisión, entonces no resulta valido que después de estar varios años afiliado al RAIS, manifieste que no logró cumplir con los objetivos de ahorro que se propuso cuando se trasladó de régimen y pretenda obtener la anulación de una afiliación completamente legal, aún más cuando permaneció en el por más de veinte años. Propuso excepciones de fondo, como la inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago. (Expediente digital PDF. 19ContestacionDemandaColfondos.Pdf – Pág. 1-22)

5. Fallo de Primera Instancia. En virtud de lo dispuesto en los Acuerdos No. PCSJA20-11686 del 10 de diciembre y CSJBTA20-109 del 31 de diciembre de 2020 del Consejo Superior y Seccional de la Judicatura, se dispuso a remitir el expediente al Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá, quien terminó la instancia con sentencia del 25 de septiembre de 2023, en la que el fallador de primera instancia, declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS administrado en su momento por Colfondos S.A. por omitirse el deber de información que rige en materia de seguridad social; declaró que el demandante, ha estado afiliado al RPMPD sin solución de continuidad desde su elección inicial; declaró no probadas las excepciones formuladas; condenó a las demandadas a devolver todas las sumas de dinero que están consignadas en la cuenta de ahorro individual del recurrente, 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 y finalmente, condenó a Colpensiones a recibir los recursos de las otras administradoras a satisfacción a efectos de reflejarlos en la historia laboral del demandante, con sus respectivos valores, IBC y un detalle pormenorizado de los ciclos de cotización. Por último, gravó en costas a Colfondos S.A. a la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.

La decisión del a quo se basó en que, el marco normativo existente para el momento del traslado del actor, exigían a las AFPs cumplir con el deber de información, por lo tanto, les asiste el deber y la obligación de brindar de forma profesional y completa toda la información necesaria para instruir al afiliado respecto a las condiciones de cada régimen conforme lo señala el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97, hizo hincapié que, no es aceptable que se indique que para ese momento no existían normas que les exigiera a las administradoras de fondos de pensiones cumplir con ese deber de información, el que debe ser suficiente, claro y oportuno, permitiendo que los consumidores conozcan adecuadamente sus derechos y obligaciones; al ser ello así, concluyó que el formulario de afiliación aportó al plenario no demuestra en lo más mínimo el cumplimiento de dicha obligación.

Frente a la excepción de prescripción, indicó que no se declaraba probada, en la medida que la ineficacia de la afiliación es imprescriptible, adicionalmente se trata de una pretensión meramente declarativa. (Expediente electrónico. 36AudienciaArtículo80)

6. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales.

6.1. Colfondos S.A. Inconforme con la anterior decisión, interpuso recurso de apelación, en relación a la devolución de gastos de administración y seguros previsionales, para el efecto señaló que estos conceptos corresponden a descuentos realizados de manera legal conforme al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003; sostiene que dentro de las funciones de las administradoras se encuentran las de generar un mínimo de rentabilidad que deben garantizar para cada afiliado, por lo que no resulta válido ordenar su devolución. Por otro lado, señala que, tampoco es procedente la devolución del seguro previsional, en la medida que se contrató con un tercero asegurador que de buena fe y a través de un contrato autónomo e independiente, para el cubrimiento de las contingencias de invalidez y muerte, cobertura que operó durante la permanencia del afiliado en el fondo, por ende, se torna injusto que se ordene la devolución de estos conceptos. A su vez, hizo referencia a las restituciones mutuas, y en virtud de ello, los efectos y las consecuencias de la ineficacia, es que las cosas vuelvan a su estado inicial, debiendo compensarse los conceptos que no debió recibir el actor.

(Expediente electrónico. 36AudienciaArtículo80)

7. Alegatos de conclusión. Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado

exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra que Jorge Eliecer Vigoya Casas realizó cotizaciones a la parte accionada ISS, hoy Colpensiones desde el 01 de enero de 1977 al 31 de diciembre de 1997 (Expediente digital, PDF 07ContestacionDemandaColpensiones – pág. 33 a 37), quien con posterioridad se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad de la siguiente forma:

- AFP Colfondos S.A. el 01 de junio de 1996 hasta el 30 de abril de 1999, según el historial de vinculaciones de Asofondos.
- AFP Porvenir S.A. el 01 de mayo de 1999 hasta el 31 de julio de 2001, según el historial de vinculaciones de Asofondos.
- AFP ING hoy Protección S.A. el 01 de agosto de 2001 hasta el 30 de noviembre de 2002, según el historial de vinculaciones de Asofondos.
- AFP Porvenir S.A. el 01 de diciembre de 2002 hasta la fecha, según el historial de vinculaciones de Asofondos. (Expediente digital, PDF 09ContestacionDemandaPorvenir, pág. 69)

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

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

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

la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

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

Así, para la data en que el actor se trasladó a AFP Colfondos S.A., esto es 01 de junio de 1996, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de esta AFP, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al promotor de la contienda acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento

podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

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

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

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

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

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque el actor se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP Porvenir S.A. y AFP Protección, en el año 1999 y 2001 respectivamente, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 01 de junio de 1996, queda sin efectos los

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, no congloba de manera expresa la devolución de gastos de administración ni comisiones o sumas adicionales de la aseguradora, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem.

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

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

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral cuarto de la sentencia proferida el 25 de septiembre de 2023, por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y, en consecuencia, **ORDENAR** a las **AFP COLFONDOS S.A., AFP PROTECCIÓN S.A. Y AFP PORVENIR S.A.** (durante el tiempo de permanencia del actor en cada AFP) devolver a **COLPENSIONES**, además de los aportes, cotizaciones, rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, las sumas descontadas por concepto de comisiones, gastos de administración y porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, que en su momento se descontaron de la cuenta de ahorro individual de **JORGE ELIECER VIGOYA CASAS**, ordenando que dichos conceptos se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado

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

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de Colfondos.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



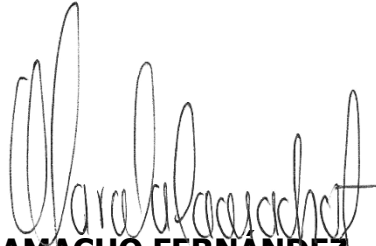
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

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



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JULIO CESAR PUERTO CORTES
Demandadas: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Radicación: 11001-3105-010-2021-00411-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – CONFIRMA

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre del dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Julio Cesar Puerto Cortes instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y Porvenir S.A. con el propósito de que declare la ineficacia del traslado en pensiones del RPMPD a cargo de Colpensiones, hacia el RAIS, declarando que siempre ha estado válidamente afiliado a Colpensiones sin solución de continuidad; en consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a devolver al RPMPD todos los valores que hubiese recibido por motivo de afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas de las aseguradoras, con todos sus frutos como; rendimientos financieros, intereses y gastos administrativos, en ese sentido; se condene a Colpensiones a validar los aportes en pensiones, trasladados por la AFP Porvenir S.A., y a incorporarlos a la historia laboral en pensiones del asegurado; se condene a las costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que, fue trasladado al RAIS el 01 de agosto de 1999, por esa razón, suscribió contrato de traslado al RAIS, pese a ello, se omitió la obligación del buen consejo por parte del RAIS, al no brindarle una información clara y completa de los beneficios, contras y/o consecuencias del traslado, por lo que, el 04 de agosto de 2021 solicitó al RAIS la información de su pensión y la aceptación del posible traslado; el 05 de agosto de 2021, solicitó a Colpensiones la aceptación del traslado, petición que fue negada el 20 de agosto del mismo año. (Expediente

digital PDF. 01DemandaAnexos - Pág. 1-3)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital PDF. 08NotificacionAndje.pdf – pág. 1-2); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En la contestación de la demanda, se opuso a cada una de las pretensiones de la demanda tanto declarativas como condenatorias, exponiendo que, el demandante realizó su traslado de manera libre y voluntaria demostrando de esa manera que, la AFP Porvenir S.A. asesoró en su decisión de trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, de ese modo señaló que, la afiliación realizada es completamente válida; por otro lado, indicó que, el actor se encuentra dentro de la prohibición de los 10 años para adquirir la pensión

de vejez, y en cumplimiento de las disposiciones normativas y reglamentarias está imposibilitada para asumir el traslado que pretende el actor y más cuando se muestra su voluntad libre y espontánea al trasladarse al RAIS. Propuso como excepciones de fondo las denominadas prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones. (Expediente digital pdf. 11ContestaciondeColpensiones.pdf – pág. 9-18)

3.2. AFP Porvenir S.A. La llamada a juicio se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que, la afiliación realizada por la parte demandante fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, por lo tanto, no es posible declarar que la parte actora se encuentra válidamente afiliado al RPMPD por cuanto realizó aportes de manera voluntaria y continúa por más de 23 años, sin mostrar ninguna inconformidad; por otro lado, alegó que, la decisión que tomó el actor en 1999 no tiene vicios de consentimiento que puedan probar la nulidad que se afirma en la demanda. A su favor propuso como excepciones de mérito de la prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y excepción genérica. (Expediente digital PDF. 10ContestacionPorvenirr.pdf – Pág. 2-24)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 09 de noviembre de 2023, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación del demandante realizada a la AFP Porvenir S.A. mediante la suscripción de formulario de afiliación del 03 de junio del año 1999 por incumplir el deber de información de dar a conocer las características de los regímenes pensionales sus ventajas y desventajas y las consecuencias que le acarrearía a su derecho pensional el traslado de régimen pensional, y por ende se declara la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, se ordena su regreso automático a la afiliación al régimen de prima media hoy administrado por Colpensiones sin solución de continuidad como si nunca se hubiese trasladado; condenó a Colpensiones a restablecer y recibir afiliación del demandante al RPMPD, sin solución de continuidad, como si nunca se hubiera trasladado y actualizar la historia laboral para efectos pensionales las semanas cotizadas; condenó a la AFP Porvenir S.A. a hacer entrega al régimen de prima media de todas las sumas existentes en la cuenta individual del actor, correspondientes a cotizaciones, frutos e intereses, rendimientos como lo dispone el artículo 1746 del C.C., que se hayan recibido y así mismo deberá realizar la devolución de los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentajes de garantía de pensión mínima descontados al demandante durante su vinculación con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados; declaro no probadas las excepciones y gravó en costas a las demandadas.

La decisión del *A quo* se basó en que, el marco jurídico para resolver el problema jurídico se encuentra establecido en la Ley 100 de 1993, el Decreto 656 de 1994, el Decreto 692 de 1994, entre otros, y además de eso, debía tenerse en cuenta la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a las acciones que tienen como finalidad la ineficacia del traslado por el incumplimiento del deber de información, donde señaló que, ese deber de información esta encabeza de los fondos privados desde el momento en que inicio a regir la Ley 100 de 1993, el Estatuto Financiero, aplicable a las administradoras de fondos de pensiones, eso así como señaló que, no es posible aplicar retroactivamente normas sobre el deber de información, dado que la Corte Suprema de Justicia, ha establecido tres etapas en el deber de información, la primera hace alusión al deber regido por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y el decreto 663 de 1993 que habla sobre las características, condiciones, accesos, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales; la segunda etapa hace referencia a la asesoría y el buen consejo y por último,

la tercera etapa hace referencia al deber de la doble asesoría; también ha señaló que, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establece esa libertad de escogencia del régimen pensional de manera libre y voluntaria, es por ello que es obligatorio que las fondos demuestren que obtuvieron del afiliado no solo un consentimiento, sino un consentimiento informado y a raíz del anterior, adujo que, para esos eventos se produce una inversión de la carga de la prueba, dónde efectivamente se concluya que el fondo cumplió con el deber de información, en ese sentido, hay lugar a la aplicación de manera analógica lo establecido por el artículo 1746 del Código Civil; de acuerdo con lo anterior, se consideró que no se logró demostrar dentro del proceso que la AFP Porvenir, haya cumplido con esa información completa, cierta, veraz y oportuna sobre las características ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales y cuáles eran las incidencias en el derecho pensional del acto, por lo que resultaba procedente la declaración de ineficacia. Frente a la excepción de prescripción dijo que la conforme lo definido por la CSJ, este tipo de acciones de declaración de ineficacia por el incumplimiento de la información es de carácter imprescriptible y por lo tanto se declaró no probada dicha excepción. (Expediente

digital - 26AudioAudiencia)

5. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales.

5.1 Porvenir S.A. Interpuso recurso de apelación parcial, respecto al numeral tercero de la sentencia proferida en primera instancia, específicamente frente a las condenas impuestas a la devolución de emolumentos debidamente indexados, adujo que, sería improcedente de acuerdo a la naturaleza de la misma, dado que, esa figura es destinada a suplir el déficit fiscal que ocasiona el fenómeno de la inflación y que debe tenerse en cuenta que, los dineros que estuvieron en la cuenta de ahorro individual de la parte demandante nunca fueron afectados por el fenómeno de la inflación, por el contrario, esos dineros generaron una serie de rendimientos financieros, por tanto, el traslado de los rendimientos financieros, compensan la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, por esa razón, no es compatible ordenar la indexación; de otro lado, y respecto a la devolución de los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, arguyó que, no sería dable la devolución de esos emolumentos de manera indexada, por cuanto se haría la devolución de un 8% superior a la suma que realmente se ha depositado en ese Fondo de Garantía de Pensión Mínima, teniendo en cuenta que no se ejerce ninguna administración al respecto. (Expediente digital - 26AudioAudiencia)

5.2 Colpensiones. Sustentó el recurso de apelación argumentando que, la juzgadora paso por alto que para la fecha del traslado la normatividad aplicable era la Ley 100 de 1993 y sólo bastaba con la aceptación espontánea, libre y voluntaria del afiliado para trasladarse de régimen que se manifestaba a través de la firma del formulario, como sucedió en el presente caso; por otro lado, indicó que, se vulneró el debido proceso que le asiste a Colpensiones, quien sin haber participado en el proceso o acto jurídico celebrado en 1999, fecha del traslado, resulta condenado a aceptar la afiliación del actor, por lo que solicita que se absuelva de cada una de las pretensiones en su contra; sostiene que en caso de confirmarse la sentencia, se mantenga la condena impuesta a la AFP, en el entendido de que esta debe reintegrar la totalidad de las cotizaciones que se recibió a lo largo de la vida laboral de la parte actora y los recursos de la cuenta individual. (Expediente

digital - 26AudioAudiencia)

6. Alegatos de conclusión. Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

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

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra que Julio Cesar Puerto Cortes realizó cotizaciones a la parte accionada ISS, hoy Colpensiones desde el 08 de agosto de 1988 hasta el 31 de julio de 1999 (Expediente digital, PDF 11ContestacionColpensiones.pdf – pág. 19-24), quien con posterioridad se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad de la siguiente forma:

- AFP Porvenir S.A. el 01 de agosto de 1999 hasta la fecha, según el formulario n° 1194683 e historial de vinculaciones de Asofondos (Expediente digital, PDF 10ContestacionPorvenir.pdf – pág. 67 a 69)

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

a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

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

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

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

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

Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.
--	--	--

Así, para la data en que la actora se trasladó a AFP Porvenir S.A., esto es el 01 de agosto de 1999, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

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

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

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

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

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

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

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

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

9. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto

ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

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

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

10. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de inejecución del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración, comisiones, los rendimientos financieros, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, al ser una consecuencia de la inejecución del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que son igualmente imprescriptibles (SL1688-2019, SL1421-2019, SL4426-2019, SL4360-2019, SL373-2021 y SL2300 de 2023).

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de noviembre de 2023, por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con la parte motiva de este fallo.

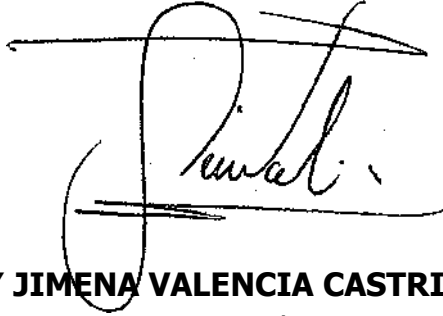
SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ

Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

Magistrada

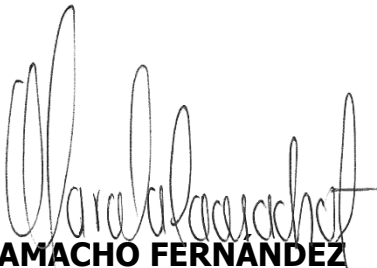


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

Magistrado

AUTO PONENTE

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



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ

Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: CARMENZA JARAMILLO ÁLZATE
Demandadas: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Radicación: 11001-3105-014-2021-00014-02
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – CONFIRMA

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre del dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda Carmenza Jaramillo Álzate instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A., con el propósito de que se declare la nulidad de la afiliación efectuada en el mes de febrero de 1998, por existir engaño y asalto a su buena fe induciéndole al error y viciando su consentimiento. En consecuencia, se ordene a la AFP Porvenir S.A. a retornar todos los valores que hubiere recibido, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado al RPMPD y se ordene a Colpensiones a recibirla como afiliada sin solución de continuidad; lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que, estuvo afiliada al ISS, desde el 1° de marzo de 1988 hasta el 17 de febrero de 1998, con la convicción de ser estas las entidades más estables para manejar su pensión. Señaló que, para el 17 de febrero de 1998, acumuló un total de 403 semanas cotizadas en el ISS; sin embargo, para febrero de 1998, laborando en Bayer Diagnostica, los asesores de la AFP Porvenir S.A., le presentaron el nuevo régimen pensional, informándole que el ISS se acabaría, por lo que decidió bajo engaños trasladarse de régimen pensional, sin recibir la proyección pensional de acuerdo a su edad y salario de la época, ni le indicaron el derecho de retracto. (Expediente digital PDF. 04Demanda, Pág. 1-19)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital PDF. 13ConstanciaNotificacion.pdf – pág. 11-12); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En la contestación de la demanda, se opuso a cada una de las pretensiones de la demanda aduciendo que la demandante se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, cuando suscribió formulario de afiliación de manera libre y voluntaria. Refirió que, al momento de efectuarse la afiliación al RAIS, no se encontraba inmerso en las causales de prohibición indicadas por la ley vigente para la época en que efectuó traslado de régimen pensional y por ende su traslado es válido conforme lo indica la normatividad, en tanto que la suscripción del formulario

denota aceptación de las características del régimen de ahorro individual con solidaridad. Propuso como excepciones de mérito, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, . inexistencia del derecho reclamado, prescripción e innominada o genérica. (Expediente digital pdf. 14ContestacionDemandaColpensiones.pdf – pág. 2-29)

3.2. AFP Porvenir S.A. La llamada a juicio se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que, la vinculación de régimen pensional efectuado por la demandante al fondo administrado por la AFP Porvenir S.A. es completamente válida, en la medida que brindó la información pertinente y necesaria, ya que, la demandante suscribió de manera libre, espontánea y completamente informada el traslado con la AFP, toda vez que recibió asesoría verbal amplia y suficiente, sin que la demandante allegará prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación, siendo válida la afiliación al RAI. A su favor propuso excepciones de fondo, como lo fue, la prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Expediente digital PDF. 12ContestacionDemandaPorvenirr.pdf – Pág. 2-30)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 28 de febrero de 2023, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del acto de traslado que hizo la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A. En tal virtud, ordenó a la AFP Porvenir S.A., 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, sumas debidamente indexadas. Por último, gravo en costas a las demandadas.

La decisión del *A quo* se basó en que atendiendo la jurisprudencia del trabajo, la inobservancia del deber de información cuando se realiza un cambio de régimen pensional, debe abordarse desde la institución de la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia acto jurídico, siendo un deber de las administradoras de fondos de pensiones entregar información, debiendo ilustrar a los afiliados y con antelación al acto de traslado, la información de manera clara, cierta y oportuna, sobre las características, condiciones, beneficios, ventajas y ventajas de cada uno de los regímenes pensionales.

Dijo que el deber de información es un presupuesto de la eficacia del acto jurídico, por lo tanto, las administradoras de pensiones deben acreditar que cumplieron con la obligación en el momento del cambio de régimen pensional y no con posterioridad, es así como que, la afirmación que hizo la parte demandante sobre que no se le suministró información, completa y suficiente hace que ese hecho sea negativo e invierte la carga de la prueba y corresponde entonces a la AFP demostrar judicialmente, que brindaron de manera íntegra la información sobre el contrato de aseguramiento.

Advirtió que la inscripción del formulario de vinculación demuestra un consentimiento libre de vicios, pero no acredita qué se le suministró la información necesaria, por lo tanto, ese deber de información existe y se hizo exigible con la expedición de la Ley 100 de 1993, donde se señalaba que, las AFP debían brindar una asesoría concreta sobre características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes. Adujo que, la AFP Porvenir S.A. no brindó información sobre las consecuencias del traslado

de un fondo público a uno privado, de la pérdida de los beneficios, sobre las ventajas y desventajas y cuál régimen pensional era más benéfico, por lo tanto, le correspondía a la demandada aportar elementos de prueba orientados a desvirtuar, sin embargo, las pruebas obtenidas por su parte ninguna tuvo ese objetivo, dónde finalmente explico que, no se pudo predicar una decisión informada precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado siendo un presupuesto para declarar la ineficacia del acto. (Expediente electrónico. 30LinkAudiencia28Febrero2023)

5. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales.

5.1. AFP Porvenir S.A. Interpuso recurso de apelación, explicando que, las pruebas documentales allegadas al proceso dan cuenta de la asesoría brindada a la actora para la fecha del traslado de régimen, dado que se exige a los fondos privados conservar el formulario de afiliación suscrito y aprobado por la Superfinanciera. Dijo que al momento del traslado de régimen pensional contaba con condiciones necesarias y suficientes para verificar, corroborar y ampliar la información otorgada por los asesores o promotores comerciales, siendo obligación de los afiliados actuar con mediana diligencia para que los mismos, tuvieran un conocimiento por lo menos del acto jurídico que están firmando. Arguyó frente a la devolución de sumas previsionales y rendimientos que esos rubros tienen una destinación específica por mandato legal y por tanto no es posible restituirlas, dado que se invirtieron para mantener e incrementar la cuenta de ahorro individual de la accionante, ni de manera indexada toda vez que se estaría generando una doble indemnización. (Expediente electrónico. 30LinkAudiencia28Febrero2023)

5.2. Colpensiones. Sustentó el recurso de apelación argumentando que, es un tercero ajeno, quien no participó en la decisión en afiliación y por tanto no puede ser perjudicada con la misma. Refirió que de mantenerse la declaratoria de ineficacia del traslado, se estaría afectando gravemente el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, el cual fue establecido por el artículo 48 de la Constitución Política, impactando que se va a tener en la reserva pensional. Reiteró que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición que establece la Ley 797 de 2003, para trasladarse de régimen pensional, además, solicitó que se condene a la AFP al pago de perjuicios económicos por omitir el deber legal de brindar información. (Expediente electrónico. 30LinkAudiencia28Febrero2023)

6. Alegatos de conclusión. Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

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

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

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra que Carmenza Jaramillo Álzate realizó cotizaciones a la parte accionada ISS, hoy Colpensiones desde el 30 de noviembre de 1989 hasta el 06 de marzo de 1998 (Expediente digital, PDF 14ContestacionDemandaColpensiones.pdf – pág. 30-35), quien con posterioridad se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad de la siguiente forma:

- A la AFP Porvenir S.A. el 1 de marzo de 1999, efectivo a partir del 1 de mayo de la misma anualidad y hasta la fecha, según el historial de Asofondos. (Expediente digital, PDF 12ContestacionPorvenir.pdf – pág. 93)

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

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

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos

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

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

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

Así, para que la actora se trasladó a AFP Porvenir S.A., el 1 de marzo de 1999, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en que se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada régimen pensional, para que el afiliado conociera la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo que implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Atinente a este reproche, es cierto como se afirma que en virtud del principio *res inter alios acta*, los efectos jurídicos de los actos o negocios solo se surten entre los intervinientes, pero no frente a terceros; figura jurídica frente a la cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en sentencia SL7044 de 2017, ha dicho que “*impone que las obligaciones que se generan a partir de su celebración, como regla general, deben ser atendidas por los contratantes, que no por un tercero, con las excepciones legales consagradas*”; de tal manera que la invalidación del acto jurídico entre la accionante y el fondo de pensiones, no surte en línea de principio efectos en contra de Colpensiones por su calidad de tercero de buena fe, pues no hizo parte del mismo, por lo que ni su celebración, tampoco su eventual ineficacia lo debe perjudicar.

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

a dicha entidad, con independencia de que hubiere actuado de buena fe y sea un tercero ajeno a los actos jurídicos de estos.

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

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

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

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

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria a la demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos

ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

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

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

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración, comisiones, los rendimientos financieros, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que son igualmente imprescriptibles (SL1688-2019, SL1421-2019, SL4426-2019, SL4360-2019, SL373-2021 y SL2300 de 2023).

12. Costas en primera instancia. Finalmente, debe recordarse que el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, no siendo procedente no condenarlas y menos aun cuando se opusieron a todas las pretensiones de la demanda, por lo que este punto de apelación resulta infructuoso.

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

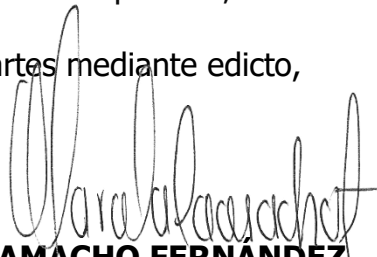
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de febrero de 2023, por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con la parte motiva de este fallo.

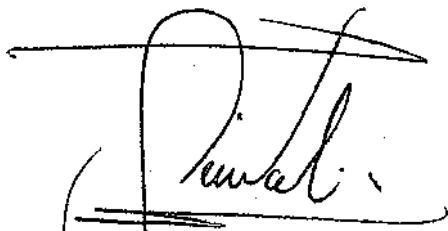
SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de AFP Porvenir S.A. y Colpensiones. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

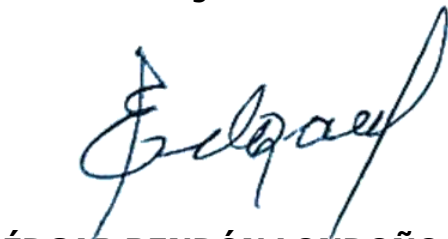


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



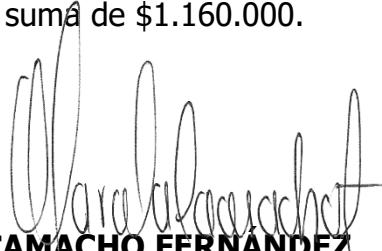
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

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



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: IVÁN ERNESTO GALOFRE CARRASCO
Demandados: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.
Radicación: 110013105-030-2022-00047-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO- CONFIRMA

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre del dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Iván Ernesto Galofre Carrasco instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y las AFPs Porvenir S.A y Colfondos S.A. con el fin de que se declare la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS por medio de la AFP Colfondos S.A. y por ende y de manera transversal, se declare la ineficacia de la posterior afiliación a la AFP Porvenir S.A. Como consecuencia de lo anterior, se ordene a AFP Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, tales como cotizaciones, aportes pensionales, bonos, rendimientos, frutos e intereses generados en la cuenta de ahorro individual del demandante, así como los valores cobrados por los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima; que se ordene a Colpensiones certificar nuevamente al demandante como afiliado al RPMPD y a recibir todos los valores provenientes de Porvenir S.A.; las costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que el 18 de septiembre de 1981 se afilió al ISS, hoy Colpensiones; que en el año 1995 el demandante firmó un formato preimpreso de afiliación a un fondo privado de pensiones denominado Colfondos S.A., lo cual constituyó su traslado del RPMPD al RAIS, traslado que se realizó sin el debido suministro de información objetiva, comparada y transparente sobre las características de los regímenes pensionales, sus condiciones, consecuencias e implicaciones concretas respecto al traslado de un régimen a otro; que en el año 2005 el demandante fue contactado por Porvenir S.A., quien le ofreció presuntas ventajas pensionales con respecto a Colfondos S.A. por lo cual, terminó accediendo al traslado transversal; que el 04 de octubre del 2021, el demandante interpuso reclamación directa ante Colpensiones, la cual le fue contestada de manera desfavorable. (Exp. Digital. Fols. 01 al 27 archivo No 01. Demanda)

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

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. La demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias de la demanda, argumentando que la afiliación del

demandante se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación a dicha AFP, cumpliendo con los requisitos establecidos por las sentencias C-1024 de 2004 y C-789 de 2002. Por lo cual, precisó que el demandante solicitó la nulidad de traslado de régimen y mesada pensionales a Colpensiones encontrándose afiliado al RAIS, tiempo para el cual, se encontraba en la prohibición establecida en el artículo 02 de la Ley 797 de 2003, por lo que solicitar el traslado entre regímenes es ilegal e improcedente. Como excepciones perentorias interpuso las que denominó como, en caso que se demuestre la falta de la información y buen consejo, se absuelva a Colpensiones y se condene a la AFP Colfondos S.A. para que trate al demandante conforme a las reglas del RPM, aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y la innominada o genérica. (Exp. Digital. Fols. 03 al 30 archivo No 07. Contestación Colpensiones)

3.3 Porvenir S.A. La AFP en su contestación se opuso a las pretensiones, declaraciones y condenas en la forma que aparecían en la demanda, argumentando que la afiliación realizada por el demandante con Porvenir S.A. fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento público, en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; que no es procedente declarar la ineficacia de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, por cuanto este se refiere a situaciones o actuaciones dolosas, las cuales, ni se alegan ni se acreditan en la demanda respecto de la afiliación de la parte demandante al RAIS; que sin perjuicio de lo anterior, señaló que el actor se encuentra en la restricción que trata el literal e) del Art. 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Como excepciones de mérito interpuso las que denominó cosa juzgada, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la excepción genérica. (Exp. Digital. Fols. 02 al 23 archivo No 09. Contestación Porvenir S.A.)

3.4 Colfondos S.A. La llamada a juicio presentó oposición frente a la prosperidad de las declaraciones y condenas en la cuales se involucre de manera directa a la AFP, argumentando que la administradora de pensiones sí brindó al demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de la decisión tomada por el demandante de trasladarse de régimen pensional y posteriormente, entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes, entre otra clase de información relevante para el afiliado. Como excepciones de fondo propuso las que denominó como inexistencia de la obligación, falta de legitimidad de la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago. (Exp. Digital. Fols. 06 al 21 archivo No 08. Contestación Colfondos S.A.)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 11 de julio del 2023, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional que hizo el demandante del RPMPD al RAIS; declaró válidamente vinculado al demandante al RPMPD administrado por Colpensiones sin solución de continuidad; condenó a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por conceptos de administración, incluyendo los descuentos por primas de los seguros provisionales y el valor para el fondo de la garantía de la pensión mínima,

por el lapso en el que permaneció en dicha administradora, y hasta que se haga efectivo el traslado, valores que deben ser debidamente indexados; condenó a Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones los costos cobrados por concepto de administración, incluyendo los descuentos por primas de los seguros provisionales y el valor para el fondo de garantía de la pensión mínima por el lapso en que permaneció en dicho régimen. Dichas sumas deberán ser cubiertas con recursos propios y debidamente indexados; ordenó a Colpensiones a que, una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, reactive su afiliación al RPMPD y actualice la información en su historia laboral; condenó a Colpensiones a reconocer al demandante la pensión de vejez; declaró no probadas las excepciones planteadas por las accionadas; condenó en costas a Porvenir S.A. y Colfondos S.A.

El a quo fundamentó su decisión en el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias SL-1688 de 2019, la SL-4811 de 2020, y la SL-2837 de 2020. Precisó de cara a las sentencias que lo que se debe analizar es si las AFPs demandadas cumplieron con el deber legal de brindar la correspondiente información, tanto las ventajas y las consecuencias a la futura afiliada. En ese sentido, consideró que, si bien las AFPs demandadas aportaron como prueba documental el formulario de afiliación, este no es suficiente para predicar que existió una decisión informada, por lo que el requisito de la información con la suscripción de dicho documento no se encuentra satisfecho.

El A quo consideró que tanto Porvenir S.A., como Colfondos S.A. no lograron demostrar en el juicio que se le haya informado a la parte actora de manera clara y detallada los beneficios y consecuencias del traslado, ni tampoco allegaron pruebas de haber brindado la información, entre otras, características que estaban en cabeza de las AFPs, por lo que, la consecuencia no es otra que declarar ineficaz el traslado de régimen, con la devolución de los aportes efectuados por el afiliado durante toda su vida laboral al RPMPD administrado por Colpensiones. Declaró no probada la excepción de prescripción, y gravó en costas a Porvenir S.A. y Colfondos S.A. y a favor de la parte demandante.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **AFP Porvenir S.A.** interpuso recurso de apelación, para que de esta manera se revoque la sentencia de manera parcial en lo correspondiente a los gastos de administración, toda vez que resulta improcedente solicitar estos gastos debido a que la ley sólo precisa que al momento de realizar el traslado de régimen de pensional se debe trasladar solo lo contenido en la cuenta de ahorro individual del demandante; que también, respecto a la indexación resultaría improcedente aplicarla, toda vez que este requisito haría incurrir a la AFP en el pago de una doble condena.

6. Alegatos de conclusión. Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Colpensiones en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

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

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

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que el señor Iván Galofre cotizaba en el ISS, hoy Colpensiones, desde el 18 de septiembre de 1981, hasta el 30 de abril de 1995 (Fol. 33, historia laboral Porvenir S.A archivo 01); que a partir del 1º de junio de 1995 comenzó a cotizar en Colfondos S.A., con quien cotizó para pensión hasta el 30 de abril del 2005 (Fol. 34 a 35, historia laboral Porvenir S.A archivo 01); que el 1º de junio del 2005 se trasladó a la AFP Porvenir S.A., administradora de pensiones a la cual pertenece actualmente. (Fol. 36 a 38, historia laboral Porvenir S.A archivo 01).

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

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

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

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

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

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

Así, para la data en que el actor se trasladó a la AFP Colfondos S.A., esto es, el 1° de junio de 1995, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes

vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."* (SL1452 de 2019)

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

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

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 1º de junio de 1995, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

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

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

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

10. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

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

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

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

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

que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

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

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

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

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

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración, comisiones, los rendimientos financieros, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que son igualmente imprescriptibles (SL1688-2019, SL1421-2019, SL4426-2019, SL4360-2019, SL373-2021 y SL2300 de 2023).

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

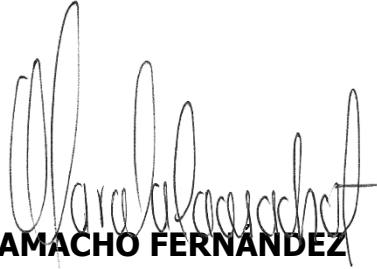
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de julio del 2023 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



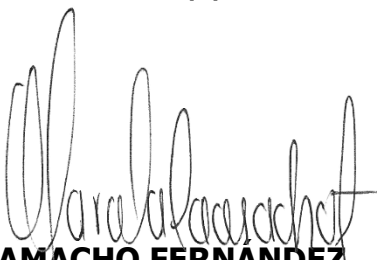
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

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



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: ELISERIO BONILLA MEDINA
Demandadas: COLPENSIONES Y OTROS
Radicación: 110013105-017-2022-00003-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – CONFIRMA

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre del dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Eliserio Bonilla Medina instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A. con el propósito de que se declare la ineficacia del traslado efectuado al RAIS con la primera de ellos el 23 de agosto de 1994, así como, la ineficacia de la afiliación efectuada con la segunda AFP el 18 de noviembre de 1998, así como los traslados posteriores entre AFP el 06 de diciembre de 1999 y la del 05 de abril de 2002; en consecuencia, solicita se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones tenerle entre sus afiliados, como si nunca se hubiera trasladado; se ordene su regreso al RPMPD, con la totalidad de aportes realizados, rendimientos financieros, cuotas de admiración y bonos pensionales; por último, lo que ultra y extra petita y costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que, realizó cotizaciones para la pensión al ISS, desde el 30 de marzo de 1987 hasta el 19 de agosto de 1994; se trasladó el RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A. el 23 de agosto de 1994, donde los asesores comerciales al momento del traslado del régimen, no le brindaron información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban en el RPMPD como en el RAIS, en especial no se le hizo un estudio de su situación particular, sino que, se le ilustró sobre los beneficios que podría obtener al cambiarse de régimen; realizó varios traslados horizontales en el RAIS, a pesar de ello, tampoco le brindaron información completa; presentó reclamación administrativa ante Colpensiones el 05 de noviembre de 2021, la cual fue respondida de manera negativa. (Expediente

digital PDF. 02DemandaAnexos.pdf, Pág. 3-9)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital PDF. 04ConstanciaNotificacion.pdf); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En la contestación de la demanda, se opuso a cada una de las pretensiones de la demanda tanto declarativas como condenatorias, exponiendo que, dentro del presente proceso obran medios de prueba documentales suficientes, que llevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual,

se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como, que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de RPMCD administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al RAIS; por otro lado, señaló que, las alegaciones por parte del actor frente a que los asesores comerciales, mediante maniobras engañosas, efectuó el traslado de régimen, es a esta parte a quien le corresponde demostrar estos supuestos, así como desvirtuar la buena fe del fondo de pensiones. Propuso excepciones de mérito, como, prescripción, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, inexistencia del derecho y de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe e innominada o genérica. (Expediente digital pdf. 06ContestacionDemandaColpensiones.pdf – pág. 3-14)

3.2. Porvenir S.A. La llamada a juicio se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que, el traslado de régimen pensional del demandante al RAIS fue completamente válido, el cual estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria; indicó que, sería improcedente declarar un error de hecho, cuando en realidad lo que se alega aquí es un error de derecho frente a condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento, así mismo, el demandante, no aporta prueba que permita indicar que su traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento, que da lugar a concluir que el traslado es nulo, por lo que, no es dable retrotraer la afiliación efectuada al RAIS; por otro lado, dijo que, no es viable que la demandante alegue hoy, más de 25 años posteriores a su traslado inicial de régimen pensional, la voluntad de retornar al RPM, cuando teniendo la posibilidad de ejercer su derecho al retracto no lo hizo y, teniendo la posibilidad de trasladarse de régimen, resolvió continuar haciendo sus aportes, por último, indicó que, frente a devolución de los rendimientos financieros, gastos de administración, y demás gastos, dejaría al demandante en una situación más favorable que la que tendría de haber permanecido en el Régimen de Pirma Media, dado que recibiría dineros que no se generan en este régimen pensional, en clara contravención a lo establecido en el artículo 897 del Código de Comercio. En su favor propuso excepciones de fondo, las que denominó, prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Expediente digital PDF. 05ContestacionDemandaPorvenir.pdf – Pág. 3-32)

3.3. Protección S.A. Contestó el libelo introductor oponiéndose a las pretensiones de la demanda, señalando para ello que, se encuentra bajo un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, expresó que, el formulario de vinculación suscrito por la parte actora se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre ambas partes, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo como de la parte demandante, por lo que, dijo que, dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, lo anterior, conforme lo dispuesto en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994 respetando el derecho a la libre selección de régimen consagrado en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993. Formuló 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, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa. (Expediente digital PDF. 08ContestacionDemandaProteccion.Pdf – Pág. 3-26)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 26 de septiembre de 2023, en la que el fallador de primera instancia declaró que, el traslado realizado por el actor al RAIS y sus vinculaciones posteriores fueron ineficaces y por consiguiente no produjeron efectos jurídicos, así mismo que, el demandante se encuentra válidamente afiliado al RPMPD y que Colpensiones tiene la obligación legal de validar el retorno del afiliado sin solución de continuidad, para todos los efectos legales, de esa manera, le ordenó a la AFP Protección S.A. y a la AFP Porvenir S.A. a trasladar todos los valores que conformaban la cuenta de ahorro individual del accionante en esa entidad, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, todo con sus frutos y rendimientos, debiendo devolver además los gastos y comisiones de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, 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 él estuvo vinculado con las AFPs, a su vez, dispuso que Colpensiones debía recibir el traslado de fondos que efectúen a favor del afiliado por las codemandadas; declaró no probados los medios exceptivos propuesto y gravó en costas a las demandada.

La decisión del a quo se basó en que, se debía analizar en primer lugar las semanas cotizadas que tuvo el afiliado dentro del RPMPD, toda vez que, tenía una importante densidad de cotizaciones, circunstancia que debió ser objeto de análisis por parte de los asesores de los fondos, para saber si era su verdadera voluntad trasladarse de régimen pensional, es así como en el escrito de demanda, se señaló que, hubo una omisión por parte de las administradoras en el RAIS de habersele brindado una información clara y completa, acerca de las características, condiciones, económicas, jurídicas y financieras, es así, como señala el fallador que, dentro del formulario de afiliación la información que está allí plasmada corresponde a la general del futuro afiliado, sin que se pueda establecer, de la revisión de dichos datos que los asesores o representantes comerciales, se preocuparon por cumplir con el deber de brindar una información clara, completa y suficiente conforme a lo consagrado en los artículos 59 y siguientes de la Ley 100 de 1993, en ese sentido concluye que, la responsabilidad debe ser asumida por las entidades administradoras del RAIS, que tenían la obligación de percatarse que en el momento de asesorar al futuro afiliado, acerca de su situación particular, debían determinar los pros y los contras de ser aceptado como nuevo afiliado, incluso decirle el riesgo de llegar a obtener una respuesta o un desistimiento de tal propósito; por otro lado, adujo que, el deber de información y asesoría pensional, constituye un pilar fundamental del sistema general de pensiones por los derechos y expectativas pensionales que involucra y por la naturaleza misma del consentimiento informado que se ha de constituir a partir del respeto al principio de la libertad de información, que ampara los afiliados del sistema, donde también es aplicable el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, norma que es aplicable a la actividad de las entidades administradoras de fondos de pensiones, ya que hacen parte del sistema como instituciones financieras privadas de carácter previsional, es así como, dentro de ese estatuto se estableció la importancia del deber de informar al consumidor financiero, sus servicios para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, para que, les permita a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado; por lo tanto, frente a esa omisión del deber de información, no se encuentran en estricto sentido frente a una causal de nulidad sino que la consecuencia que se genera, a partir de esa omisión, es la ineficacia del acto jurídico de traslado, es así como en el presente caso, se evidencia claramente en la demanda y en el interrogatorio de parte, la omisión por parte de las administradoras de pensiones, y que tampoco surgió con los efectos jurídicos, no se logró acreditar el cumplimiento estricto de ese deber de información, por lo que accedió a la declaratoria de ineficacia solicitada. Frente a las excepciones declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. (Expediente electrónico. 23VideoAudiencia26-09-2023)

5. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales.

5.1 AFP Porvenir S.A. Sustentó el recurso de apelación argumentando que, la entidad cumplió con cada una de las obligaciones establecidas en la normativa a la fecha en que se efectuó el traslado del régimen pensional, por lo cual, no habría lugar a declarar la ineficacia del traslado; por otra parte, señaló que, tampoco habría lugar a que se trasladaran los gastos de administración, toda vez que, tienen una designación específica por mandato legal, la cual fue cumplida plenamente, pues estas sumas fueron invertidas en debida forma y no se encuentran en el poder de Porvenir, y que, todas esas sumas fueron destinadas a cubrir todos los gastos que implicaron la correcta administración de los recursos aportados por la parte demandante de la cuenta de ahorro individual, en ese sentido, indica que en caso que se deba retornar todos los rendimientos financieros causados, resultaría necesario utilizar el descuento de las restitución mutua a que haya lugar, en vista que, independientemente del motivo que da lugar a la ineficacia, al fondo se le debe reconocer los gastos de administración en qué incurrió a favor del afiliado, para generarle esos rendimientos financieros, puesto que si se devuelven generaría un enriquecimiento sin justa causa por parte del RPMPD y esta última sería beneficiaria de una administración que no hizo por los periodos que se pretenden anular; por otro lado, señala que, los dineros destinados a la prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia fueron utilizados durante la afiliación del demandante, es decir que, también se cumplió con la finalidad que contempla la ley, sin que sea admisible su devolución y además señaló que, esos dineros ya se trasladaron a la aseguradora que brindó la cobertura, por lo que no es posible retrotraer esos pagos, por último dijo que es improcedente la condena a la indexación de dichos gastos de administración, porque esa figura busca la actualización de la moneda, la que se compensa con los rendimientos generados. (Expediente electrónico. 23VideoAudiencia26-09-2023)

5.2 Colpensiones. Interpuso recurso de apelación frente a la declaratoria de ineficacia de la afiliación la condena en costas y las agencias en derecho, argumentando que, se estarían vulnerando derechos en su calidad de tercero de buena fe, por lo tanto, los actos en los que hayan incurrido los sujetos procesales, como lo fueron las administradoras de fondos de pensiones privadas, son ellas sobre las cuales recae la carga probatoria y deben demostrar la doble asesoría, al momento del traslado; en este mismo sentido, señala que dichos actos no deben afectar a quien actúa de buena fe, en la medida que la entidad actuó en cumplimiento del ordenamiento legal; de otro lado, refiere que, la condena impuesta genera una afectación al principio de sostenibilidad del sistema pensional, que administra Colpensiones, en la medida que se genera un detrimento patrimonial del fondo común del régimen de prima media con prestación definida, en vista que el actor ya supera la edad de pensión y no ha producido ningún rendimiento en favor de Colpensiones. (Expediente electrónico. 23VideoAudiencia26-09-2023)

6. Alegatos de conclusión. Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuesto por Porvenir S.A. y Colpensiones se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en

favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

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

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

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra que Eliserio Bonilla Medina realizó cotizaciones a la parte accionada ISS, hoy Colpensiones desde el 30 de marzo de 1987 al 19 de agosto de 1994 (Expediente digital, PDF 02DemandaAnexos, pág. 39-42), quien con posterioridad se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad de la siguiente forma:

- AFP Horizonte el 23 de agosto de 1994 al 31 de diciembre de 1998, según el historial de vinculaciones de Asofondos. (Expediente digital - 08ContestacionDemandaProteccion.pdf, pág. 43)
- AFP ING el 18 de noviembre de 1998 al 31 de enero de 2000, según el historial de vinculaciones de Asofondos. (Expediente digital - 08ContestacionDemandaProteccion.pdf, pág. 43)
- Retorno a la AFP Horizonte el 06 de diciembre de 1999 hasta el 31 de mayo de 2000 la fecha, según el historial de vinculaciones de Asofondos. (Expediente digital - 08ContestacionDemandaProteccion.pdf, pág. 43)
- Por último, realizó un traslado a la AFP Protección S.A. el 5 de abril de 2002 hasta la fecha, según el historial de vinculaciones de Asofondos. (Expediente digital - 08ContestacionDemandaProteccion.pdf, pág. 43)

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el afiliado, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información

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

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

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

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

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

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

Así, para la data en que el actor se trasladó a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., esto es el 23 de agosto de 1994, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

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

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

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

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

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

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque el actor se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP Porvenir S.A. y AFP Protección S.A., en el año 1994 y 1998 respectivamente, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 23 de agosto de 1994, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos

de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de Protección S.A. y Porvenir S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a Colpensiones, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos son frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

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

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

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración, comisiones, los rendimientos financieros, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que son igualmente imprescriptibles (SL1688-2019, SL1421-2019, SL4426-2019, SL4360-2019, SL373-2021 y SL2300 de 2023).

12. Costas en primera instancia. Finalmente, debe recordarse que el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, no siendo procedente no condenarlas y menos aun cuando se opusieron a todas las pretensiones de la demanda, por lo que este punto de apelación resulta infructuoso.

13. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones y a favor del demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

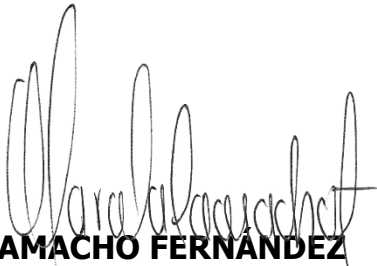
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de septiembre de 2023, por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con la parte motiva de este fallo.

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

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



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JORGE ALBERTO DÍAZ MARTÍNEZ
Demandadas: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Radicación: 110013105-044-2023-00183-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – CONFIRMA

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre del dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Jorge Alberto Díaz Martínez instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y Porvenir S.A., con el propósito de que se declaré la nulidad/ineficacia absoluta del traslado al RAIS; como consecuencia se ordene a Porvenir S.A. retornar al accionante junto con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, descuentos o sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado; se ordene a Colpensiones recibirlo y mantenerlo afiliado sin solución de continuidad; lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que, cotizó en el ISS desde 1979 hasta el 2000; refirió que en abril de 2000 se trasladó a Porvenir S.A, al momento del traslado el asesor le indicó que en dicho fondo tendría mejores rendimientos condiciones al momento de pensionarse, que tendría derecho a bono pensional y que lo podría retirar en cualquier momento, que el ISS se iba a acabar, que tampoco le informaron las modalidades de pensionarse, o qué podía trasladarse de régimen cada 5 años; finalmente señala que tampoco le informaron sobre la prohibición del traslado 10 años antes de cumplir la edad para pensión. (Expediente digital, PDF01DemandaAnexos. Pág. 2 a 16)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital PDF04ConfirmacionNotificacionAgencia); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En la contestación de la demanda, se opuso a cada una de las pretensiones de la demanda, aduciendo que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que efectivamente al afiliado se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la citada AFP o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, tampoco se evidencia dentro de las solicitudes anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por

parte del demandante, al contrario se observa que las documentales se encuentra sujetas a derecho, y que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010. Cómo excepciones de mérito formuló las denominadas, errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C, descapitalización del sistema pensional, existencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, saneamiento de la nulidad alegada, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones por ser tercero de buena fe, no procedencia al pago de costas en instituciones administrativas de Seguridad Social de orden público y la innominada o genérica. (Expediente digital PDF10ContestaciónColpensiones. Pág. 3-50)

3.2. AFP Porvenir S.A. Contestó el libelo introductor oponiéndose a las pretensiones de la demanda bajo el argumento que, en la vinculación efectuada a la AFP, el 14 de febrero de 2000 el trabajador recibió información transparente y necesaria, lo que le permitió compararla con el conocimiento que tenía del régimen de prima media con prestación definida por haber pertenecido a él, para así tomar la mejor decisión de acuerdo con sus intereses pensionales. En su defensa formuló las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica. (Expediente digital PDF07ContestacionPorvenir. Pág. 2-25)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 19 de septiembre de 2023, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS efectuado el 14 de febrero de 2000; en consecuencia declaró que el demandante nunca se trasladó y siempre permaneció en el RPMPD; ordenó a Porvenir S.A devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar, así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todos estos debidamente indexados; a su vez, condenó a Colpensiones a recibir al demandado en el RAIS como si nunca se hubiese retirado de dicho régimen y a corregir su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas y gravó en costas a la demandada Porvenir.

La a quo fundamentó su decisión en que el traslado de régimen de todo afiliado debe estar presidido de información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión conlleva, que le permita al afiliado tomar una decisión de forma libre, informada, espontánea y sin presiones, así lo ha explicado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia; del mismo modo, precisó que la obligación de la información se encuentra en cabeza de las administradoras y son ellas las que tienen la carga probatoria consistente en demostrar que se cumplió con este deber al momento del traslado, hecho que no ha sido demostrado en el presente juicio, pues, este no se agota con la simple suscripción del formulario de afiliación. A su vez, sostuvo que la fecha en que el demandante se trasladó de régimen el deber de información se enmarca en la primera etapa de las precisadas por la Corte; esto es que las AFP deben entregar información suficiente y transparente que le permita al afiliado elegir la opción que más se ajuste a sus intereses; así mismo, sostuvo que en el interrogatorio de parte del demandante, señala que conoció algunos aspectos del régimen pensional, esto no demuestra una explicación amplia y suficiente, de tal manera no se logra acreditar, el requisito descrito por la jurisprudencia, destacó que, si bien de los aportes pensionales se generaron unos aportes financieros no por ello se debe negar la indexación ya que las comisiones y los gastos de administración, si han perdido el valor adquisitivo. Finalmente, declaró no probada la excepción de prescripción por tratarse de un derecho ligado a la pensión de vejez de carácter imprescriptible, las demás excepciones las declaró por no probadas. (Expediente digital, PDF18ActaAudiencia.pdf)

5. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales.

5.1. AFP Porvenir S.A. Apeló de manera parcial, frente a la condena de indexación, pues esta es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el paso del tiempo dada la inflación, de igual manera, una de las obligaciones que debe cumplir el fondo de pensiones es la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, de ahí que, resulte incompatible ordenar la indexación, teniendo en cuenta que los aportes del afiliado no se vieron afectados por este fenómeno, por contrario siguieron generando rendimientos.

5.2. Colpensiones. Interpuso recurso de apelación argumentando que, el demandante ha estado afiliado al RAIS un poco más de 20 años y teniendo en cuenta la solicitud que realiza frente a una nulidad de traslado, se encuentra inmerso dentro de la prohibición legal de los últimos 10 años para acceder a esta; aun así, señala que se presentó negligencia por parte de Porvenir S.A al no haberle informado al actor de manera clara y precisa la prohibición legal a la cual ingresaría al momento de cumplir los 52 años de edad. Por último, sostiene que Colpensiones nada tuvo que ver en el traslado voluntario que realizó el demandante.

6. Alegatos de conclusión. Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

3. Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado. Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo,

cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que el señor Jorge Alberto Díaz Martínez realizó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones desde el 25 de octubre de 1979 al 30 de septiembre de 1997 (Expediente digital, PDF12RequerimeintoRespuestaJudicial); se trasladó a AFP Porvenir S.A. el 14 de febrero de 2000, mediante la suscripción del formulario número 01314005, iniciando cotizaciones desde el 1 de abril de 2000 hasta la fecha, entidad donde se encuentra actualmente (Expediente digital PDF07ContestacionPorvenir. Pág. 69-74)

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

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

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

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

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

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

Así, para la data en que el actor se trasladó a AFP Porvenir S.A., esto es, 14 de febrero del 2000, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

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

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que

dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".*

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

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

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

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

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

Atinente a este reproche, es cierto como se afirma que en virtud del principio *res inter alios acta*, los efectos jurídicos de los actos o negocios solo se surten entre los intervinientes, pero no frente a terceros; figura jurídica frente a la cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en sentencia SL7044 de 2017, ha dicho que *"impone que las obligaciones que se generan a partir de su celebración, como regla general, deben ser atendidas por los contratantes, que no por un tercero, con las excepciones legales consagradas"*, de tal manera que la invalidación del acto jurídico entre el accionante y el fondo de pensiones, no surte en línea de principio efectos en contra de Colpensiones por su calidad de tercero de buena fe, pues no hizo parte del mismo, por lo que ni su celebración, tampoco su eventual ineficacia lo debe perjudicar.

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

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

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

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

10. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones

se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

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

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

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de estos conceptos, lo que incluye que deba ser entregados debidamente indexados, pues tal y como lo señaló la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1637-2022, *“desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones”*, por lo tanto, se impone su reintegro actualizado, con miras a reajustar el valor del dinero por la pérdida de su poder adquisitivo a consecuencia de la inflación, de allí que se siga manteniendo en su integridad la sentencia de primer grado, no siendo procedente acoger los argumentos expuesto por Porvenir S.A.

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración, comisiones, los rendimientos financieros, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que son igualmente imprescriptibles (SL1688-2019, SL1421-2019, SL4426-2019, SL4360-2019, SL373-2021 y SL2300 de 2023).

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

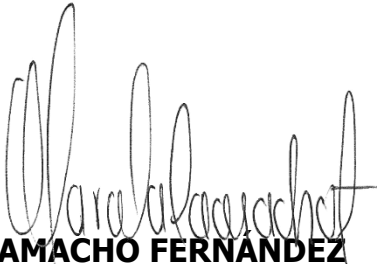
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

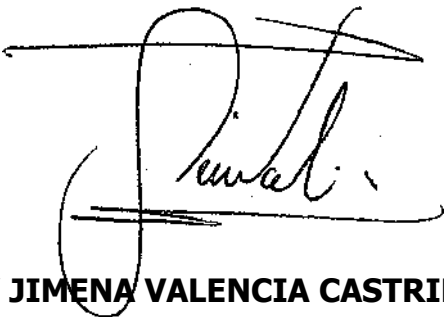
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de septiembre 2023, por el Juzgado Cuarenta y cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con la parte motiva de este fallo.

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



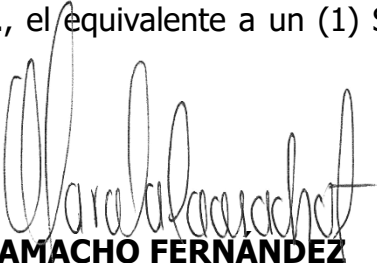
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

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



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: RAFAEL OCTAVIO VILLAMARÍN ABRIL
Demandados: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA S.A.
Radicación: 110013105-036-2020-00506-02
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - CONFIRMA

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre del dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Rafael Octavio Villamarín Abril instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, Protección S.A. y Skandia S.A. con el fin de que se deje sin valor o efecto o se declare la ineficacia del formulario de afiliación de traslado al RAIS, a las AFPs Davivir S.A hoy Protección S.A y Skandia S.A.; como consecuencia, se declare que dicho traslado al ser ineficaz no produjo efectos jurídicos alguno; se declare que se encuentra válidamente afiliado a Colpensiones; se condene a Colpensiones para que proceda a reactivar, sin solución de continuidad, al demandante desde la fecha de afiliación inicial al RAIS; así mismo, que Skandia S.A proceda a trasladar a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual que fueron recibidos con motivo de la vinculación del afiliado, tales como cotizaciones, bonos pensionales con sus frutos y rendimientos financieros e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración, seguros o cualquier otro descuento que se pretenda aplicar; que una vez Colpensiones reciba todos los valores proceda a reconocer la pensión de vejez; se condene en costas a las demandadas.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que, realizó aportes a cargo de la Caja de Previsión Municipal con el Municipio de Tena Departamento de Cundinamarca desde el 16 de julio de 1985 hasta el 31 de mayo de 1990; cotizó al ISS desde 1987 hasta el 30 de septiembre de 1998; se trasladó a Davivir S.A. hoy la AFP Protección S.A el 1 de octubre de 1998, posteriormente, se traslada a Skandia S.A la cual se hace efectiva el 01 de abril de 2012, donde se encuentra actualmente; al momento del traslado no se le informaron las ventajas y desventajas de cada régimen, ni se le realizaron proyecciones de la pensión, tampoco se le informó el valor de la pensión quedaba sujeto a los rendimientos del capital, simplemente le indicaron que las AFPs eran la mejor opción; en el reporte de semanas cotizadas, falta incluir un tiempo a cargo del Municipio de Tena Cundinamarca, por lo que hay un bono pensional a cargo del FONPET. (Expediente electrónico,

PDF03Demanda, pág. 1 a 21)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF17NotificaciónAgencia); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones: En su respuesta la demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias, argumentando que, no obra prueba alguna tendiente a demostrar que se presentó algún vicio en el consentimiento que invalide el traslado de régimen. Por el contrario, dicha afiliación se efectuó de manera libre consciente y voluntaria, dentro del plenario no obra prueba fehaciente que permita declarar la ineficacia del traslado. Además, que el demandante ha estado afiliado al RAIS, por más de 15 años, sin haber expresado su inconformidad de seguir perteneciendo al mismo, también indica que está inmerso en la prohibición de traslado de la Ley 797 de 2003. Como excepciones de fondo propuso las que denominó como la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la Seguridad Social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, aplicabilidad de la sentencia SL 373 de 2001 para aquellos que consolidaron su derecho en el RAIS, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica. (Expediente electrónico, PDF12Contestaciondemandacolpensiones. pág. 1 a 31)

3.2. Protección S.A.: La llamada a juicio se opuso a cada una de las declaraciones en las que se involucre directamente a la AFP, toda vez que, el acto por medio del cual se realizó el traslado del demandante al RAIS es existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, como prueba de ello obra el formulario de vinculación que suscribió el demandante el cual se realizó de forma libre y espontánea, solemnizando así la afiliación al RAIS, acto que tiene naturaleza de un verdadero contrato entre el demandante y la AFP Protección S.A., y en virtud del cual, se generaron derechos y obligaciones en cabeza del fondo como del afiliado. Resaltó que dicha manifestación estuvo libre de presión y engaños, desvirtuando de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento. Como excepciones de mérito propuso las que denominó como inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver 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, 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, traslado de aportes. (Expediente electrónico, PDF16Contestaciondemandaproteccion pág. 1-37)

3.3. Skandia S.A. La llamada a juicio se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas por el demandante, argumentando que le es plenamente aplicable la prohibición establecida en el artículo 13 literal e) de la Ley 100 de 1993, debido a que se encuentra a menos de 10 años para cumplir la edad de pensión de vejez. Adicionalmente, indica que la selección de régimen dentro del Sistema General de Pensiones es libre y voluntaria por parte del afiliado, por lo que, en tal sentido, al seleccionar el RAIS aceptó todas y cada una de las condiciones propias de dicho régimen, conforme lo dispone la Ley. Como excepciones de fondo propuso las que denominó como, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y en tiempo cotizado, ausencia de Configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de 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 la sentencias invocadas por el demandante, prescripción,

imposibilidad de reintegrar gastos de administración, buena fe y la genérica. (Expediente electrónico, PDF10ContestacionSkandia, pág. 1-27)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 23 de agosto de 2023, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al RAIS, a la AFP hoy Protección S.A; ordenó a Skandia S.A a normalizar la afiliación del actor en el SIAFP y trasladar a Colpensiones, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del actor, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, gastos de administración y comisiones, primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas. Así como, el archivo y el detalle de aportes realizados durante la permanencia en el RAIS; ordenó a Protección S.A, a devolver la totalidad de los valores que hayan sido descontados durante la afiliación del demandante, por concepto de gastos de administración, comisiones, primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, lo anterior, cubre el período de permanencia con la AFP Davivir e ING, en virtud del proceso de fusión; ordenó a Colpensiones a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes, a la historia laboral del demandante; declaró no probada la excepción de prescripción y gravó en costas a Colpensiones, Protección S.A. y Skandia S.A.

El a quo fundamentó su decisión en que la obligación de la información se encuentra en cabeza de las administradoras desde la expedición de la ley 100 de 1993, la cual en el literal B del artículo 13 señala la posibilidad que tiene el afiliado de elegir de manera libre y voluntaria entre el régimen de prima media con prestación definida y el RAIS, elección que parte de la información que tenga el afiliado de uno y otro Régimen Pensional. Así mismo, el artículo 97 del decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero aplicable a las convocadas a este juicio indicaba para este año que, las entidades deben suministrar la información necesaria a los usuarios, siendo ello así, la obligación de la información se encuentra en cabeza de las administradoras y son ellas las que tienen la carga probatoria consistente en demostrar que se cumplió con este deber al momento del traslado, conforme ha sido definido en múltiples pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral; hecho que no ha sido demostrado en el presente juicio, pues este no se agota con la simple suscripción del formulario de afiliación. En cuanto a la excepción de prescripción, sostuvo que, al tratarse de un derecho pensional, el mismo no se ve afectado por este fenómeno. Finalmente, frente a la solicitud de reconocimiento de la pensión, señala que, el actor si bien cuenta con 62 años de edad, lo cierto es que, no cumple los requisitos de las semanas cotizadas, debido a que, de acuerdo con lo reflejado en la historia laboral, tan solo cuenta con 1.224,26 semanas y por esta razón no se puede acceder al reconocimiento y pago de la pensión de vejez (Expediente electrónico, PDF44Actaaudienciafall)

5. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales.

5.1 Colpensiones Interpuso recurso de apelación argumentando que, el afiliado se encuentra dentro de la prohibición legal descrita en el artículo 02 de la Ley 797 de 2003, y por ello no puede trasladarse de régimen pensional debido a que le faltan menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; por otro lado, las leyes que surgieron entre el año 1993 y el año 2014, no exigían nada diferente al documento de afiliación al momento del traslado para demostrar su consentimiento, libre, voluntario e informado, máxime que en el presente caso el demandante tuvo un traslado horizontal; considera que a la entidad se le está imponiendo cargas adicionales, debido a que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este régimen, por lo tanto Colpensiones no puede

tener como afiliado al actor ni reconocer la pensión; de otro lado, refiere que tampoco habría lugar a la ineficacia del traslado, pues, en el fondo privado ya cumplió con los requisitos para acceder a la pensión de vejez. Finalmente solicita que se revoque la condena en costas, toda vez que la entidad no tuvo injerencia en el acto de afiliación, igualmente se debe tener en cuenta que toda la defensa judicial se ha fundamentado en la negativa de no acceder al traslado teniendo en cuenta la prohibición legal en la que se encontraba el afiliado.

5.2 Skandia S.A. Fue propuesto recurso de apelación parcialmente frente a la orden de devolver los gastos de administración y primas de seguros previsionales, debidamente indexados, teniendo en cuenta para ello que, el Decreto 3995 del año 2008 regula de manera taxativa los emolumentos que deben trasladarse, y nada indica sobre el traslado de gastos de administración y primas de seguros previsionales. Aún más, cuando no fueron conceptos solicitados en la demanda. Por otro lado, sostiene que la indexación en este tipo de procesos no opera de manera automática, a su vez, se está haciendo la devolución de los rendimientos y de esta manera se estaría compensando cualquier depreciación de la moneda, por lo que no podría generarse una doble sanción por el mismo hecho, que en este caso sería la indexación más los rendimientos.

6. Alegatos de conclusión. Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

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

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

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que el señor Rafael Octavio Villamarín Abril, cotizó en la Caja de Previsión Municipal desde el 16 de julio de 1985, hasta el 31 de mayo de 1990 (Expediente electrónico, PDF10ContestacionSkandia, pág 64-66). Se afilió al ISS, el 21 de septiembre de 1987 hasta el 30 de septiembre de 1998 (Expediente electrónico, PDF14expediente administrativo, pág 144-149); se trasladó al RAIS por medio de la afiliación a la AFP Davivir hoy Protección S.A. el 18 de septiembre de 1998, iniciando cotizaciones a partir del 01 de noviembre 1998 hasta el 30 de junio de 2001, (Expediente electrónico, PDF16Contestaciónprotección pág. 46, 64-65); posteriormente, se afilió a Skandia S.A. el 28 de febrero de 2014, hasta la fecha. (Expediente electrónico, PDF10ContestacionSkandia, pág. 42)

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

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

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

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

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

Así, para la data en que el actor se trasladó a la AFP Davivir hoy Protección S.A., esto es, el 18 de septiembre de 1998, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."*(SL1452 de 2019).

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

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

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

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

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

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

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque la parte actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió Davivir S.A. hoy Protección S.A. en el año 1998, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental

acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 18 de septiembre de 1998, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

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

Atinente a este reproche, es cierto como se afirma que en virtud del principio *res inter alios acta*, los efectos jurídicos de los actos o negocios solo se surten entre los intervinientes, pero no frente a terceros; figura jurídica frente a la cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en sentencia SL7044 de 2017, ha dicho que "impone que las obligaciones que se generan a partir de su celebración, como regla general, deben ser atendidas por los contratantes, que no por un tercero, con las excepciones legales consagradas"; de tal manera que la invalidación del acto jurídico entre la accionante y el fondo de pensiones, no surte en línea de principio efectos en contra de Colpensiones por su calidad de tercero de buena fe, pues no hizo parte del mismo, por lo que ni su celebración, tampoco su eventual ineficacia lo debe perjudicar.

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

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

9. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que "*el análisis probatorio para determinar si se*

cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar”, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

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

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

11. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

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

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

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

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones

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

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

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

12. Costas en primera instancia. Finalmente, debe recordarse que el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, no siendo procedente no condenarlas y menos aun cuando se opusieron a todas las pretensiones de la demanda, por lo que este punto de apelación resulta infructuoso.

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

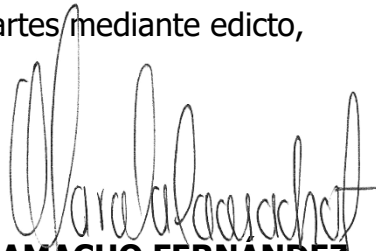
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

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

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



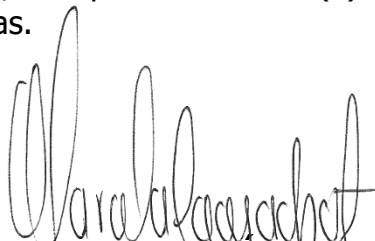
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

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



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MARTHA PATRICIA LÓPEZ RIVAS
Demandadas: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Radicación: 11001-3105-009-2022-00029-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – CONFIRMA

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre del dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Martha Patricia López Rivas instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A. con el propósito de que se declaré la nulidad por ineficacia de la afiliación y el traslado al RAIS por la omisión de la AFP del deber de información; se declare que el traslado obedeció a la omisión de la información, engaño, error y asalto de la buena fe y por ello la afiliación a Colpensiones, debe permanecer incólume; se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización, así como los demás dineros aportados; se condene ultra y extra petita, así como a las costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que, los fondos privados de pensiones, a partir del 1º de abril de 1994, iniciaron una agresiva publicidad por los distintos medios de comunicación, así como las visitas personales a las empresas públicas con el único fin de trasladar a los afiliados al régimen privado de pensiones; u traslado al RAIS se produjo con Invertir Organismo Cooperativo, quien posteriormente se fusionó con la AFP Porvenir S.A.; el asesor que gestionó su traslado no contaba con el título ni formación profesional en el régimen general de seguridad social en pensiones, y por ello, no conocía las particularidades del régimen de prima media con prestación definida ni del régimen de ahorro individual con solidaridad, por eso, no conoció la situación pensional real de la actora, no le informó ningún aspecto general ni propio respecto de su afiliación y futuro pensional en el régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, a su vez, dicho asesor enfatizó que el ISS dada su grave situación económica no podría garantizarle el reconocimiento de la pensión de vejez; agotó la reclamación administrativa ante la Administradora Colombiana de Pensiones “COLPENSIONES”, radicado 2021_11764404 de la Calle 94, petición que fue negada. (Expediente digital PDF. 01DemandaAnexosActaReparto.pdf, Pág. 45 -60)

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

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En la contestación de la demanda, se opuso a cada una de las pretensiones de la demanda tanto declarativas como condenatorias, exponiendo que, la demandante se afilió al RAIS de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen, dado que, ella decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen, debido a la información brindada por parte de los asesores de la AFP que efectuó el traslado y más aun cuando no obra ninguna medio de prueba tendiente a demostrar que se presentó algún vicio en el consentimiento al momento de su afiliación que conlleve a su invalidación, lo que se evidencia es la negligencia de la demandante con respecto a consultar su situación pensional, por lo tanto y sabiendo las obligaciones de la accionante como consumidora financiera y dado que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, no quedaría otra alternativa sino la de concluir que en el caso se presentó un error de derecho, que no vicia el consentimiento. Propuso como excepciones de mérito, como la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el Artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción e innominada o genérica. (Expediente digital

PDF. 04ContestacionColpensiones.pdf – Pág. 1-18)

3.2. Porvenir S.A. La llamada a juicio se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que, el traslado de la demandante se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informada, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, que es un documento público, en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, el que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el párrafo del artículo 54 A del CPT, en ese sentido, el vicio en el consentimiento la actora no lo probó, por lo tanto, tampoco procede la ineficacia puesto que la misma, opera frente a actos que impidan o atenten contra el derecho de afiliación al sistema, es decir contra conductas dolosas, que en este caso ni se alegan ni se acreditan por parte de la afiliada; finalmente, la señora López le resulta aplicable la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003; a su favor propuso las excepciones de mérito, como la prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y excepción genérica. (Expediente digital PDF. 03ContestacionPorvenir.pdf – Pág. 1-32)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 11 de agosto de 2023, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante entre el RPM administrado por el Instituto de Seguros Sociales hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones al RAIS, administrado por Colpatria hoy Porvenir S.A., el 01 de julio de 1996; condenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones las cotizaciones recibidas en su integridad, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales si los hubiere, así como gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en los seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados al momento de cumplirse la orden, sin que haya lugar a descontar valor alguno de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión; condenó a Colpensiones a recibir de la AFP Porvenir S.A. todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral de la demandante las correspondientes semanas; declaró no probada las excepciones propuestas y gravó en costas a Porvenir S.A.

La decisión del *A quo* se basó en que, la Ley 797 de 2003, estableció que la selección de cualquier régimen debe hacerse de manera libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, en ese sentido, el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que es aplicable a las AFP, puede evidenciarse que desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses, pese lo anterior, la AFP demandada no acreditó que la afiliación contará con la información suficiente al momento del traslado y más cuando en el interrogatorio la demandante, señaló que en el lugar donde estaba trabajando le enviaron una citación para asistir a una conferencia de treinta minutos, en las que un asesor les habló en general sobre el fondo de pensiones y que era una mejor opción para tener la pensión ya que iban a tener un porcentaje mayor al que ofrecía el Instituto de Seguros Sociales, de lo anterior, circunstancia que impidió que la usuaria contará con elementos de juicio suficientes para determinar, según sus intereses, que resultaba más benéfico en su caso y de este modo de expresar su voluntad de manera informada, de manera que resultaba procedente la declaratoria de la ineficacia.

Finalmente, frente a la excepción de prescripción, expuso que la declaratoria de ineficacia, es imprescriptible, dado que, se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto, los derechos que nacen de aquella, tienen igual connotación, puesto que, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, ya que, es un derecho subjetivo y que es exigible judicialmente ante las personas o entidades encargada de su satisfacción.

(Expediente electrónico. Archivo 27AudienciaFalloParteDos.mp4)

5. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales.

5.1. Porvenir S.A. Interpuso recurso de apelación de manera parcial, aduciendo que, no es factible ordenar la devolución de los gastos de administración, de acuerdo lo indicado en el inciso segundo del artículo 20 de la Ley 100 del 93, en la medida que se destina un 3% de las cotizaciones a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia y dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión vejez y por ello están sujetos a la prescripción; por lo tanto, señaló que, que la Superintendencia Financiera de Colombia, indicó de forma expresa en el año 2020, en los eventos en que proceden ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta de la afiliada, sin que proceda la devolución de la prima de seguros provisionales, en consideración a lo anterior, dijo que, la aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza; advirtió que, tal obligación no puede entenderse a cargo de la sociedad absorbente por cuando esta solamente adquiere las obligaciones que existieron al momento de la formalización de la fusión y no estaría en la obligación de reconocer dichos costos de administración, indicó que, deberá declararse la prescripción respecto a la devolución de gastos de administración y la prima de seguros o cualquier otra suma diferente al capital de la cuenta de los afiliados o sus rendimientos financieros, por cuanto no le corresponden estos valores a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales en cuanto no financiar la prestación de vejez, no puede predicarse su imprescriptibilidad, consideró que, los supuestos sobre los cuales se condenaron a la AFP en este punto en específico no se encuentran acreditados. (Expediente electrónico. Archivo 27AudienciaFalloParteDos.mp4)

5.2. Colpensiones. Sustentó el recurso de apelación argumentando que, efectivamente Colpensiones es un tercero de buena fe, exenta de culpa, puesto que no intervino en una decisión del accionante de cambiar de régimen, sino que contrario, este se apegó a la

normatividad y le garantizó la reclamante su derecho de libre escogencia de régimen, de igual forma, dijo que, no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información, no previstas en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado del régimen, dado que, esa exigencia se da en virtud del principio de confianza legítima, es así como de lo anterior se viola gravemente el debido proceso, porque Colpensiones no participó en dicho trámite y la juzgadora no tuvo en cuenta, el principio de la relatividad jurídica, donde los actos jurídicos en principio tienen efectos interpartes y las consecuencias que se derivan de la celebración de ese acto jurídico, sólo puede repercutir sobre las partes involucradas; por otro lado, con respecto a la carga de la prueba, señaló que, únicamente recae en la AFP, donde hasta el año 2016, los fondos privados contaban únicamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar que se dio sin vicios del consentimiento, toda vez que, entre 1993 y 2016, no exigía nada diferente al documento de afiliación, donde consta la plena intención de pertenecer al RAIS por lo que, imponer cargas adicionales constituye una situación de carácter imposible. Finalmente, arguyó que, Colpensiones resulta lesionado con la decisión adoptada, puesto que, afecta el equilibrio y la sostenibilidad financiera del sistema, que está controlado por el artículo 48 de la Constitución Política, en caso de confirmar la decisión, dijo que, se mantenga la condena impuesta a la AFP, aduciendo que, Colpensiones no podrá dar cumplimiento a la sentencia hasta tanto Porvenir S.A. reintegre los recursos. (Expediente electrónico. Archivo 27AudienciaFalloParteDos.mp4)

6. Alegatos de conclusión. Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

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

cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra que Martha Patricia López Rivas realizó cotizaciones a la parte accionada ISS, hoy Colpensiones desde el 06 de mayo de 1992 hasta el 30 de junio de 1994 (Expediente digital, PDF 01DemandaAnexos, pág. 21 a 27), quien con posterioridad se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad de la siguiente forma:

- AFP Invertir el 29 de junio de 1994 al 28 de febrero de 1997, según formulario de vinculación número 17373. (Expediente digital, PDF 01Demanda y anexos, pág. 36)
- AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. el 24 de febrero de 1997 hasta la fecha, según formulario de vinculación número 3709 e historia laboral. (Expediente digital, PDF 01DemandaAnexos, pág. 35 y PDF 03ContestacionPorvenir, pág. 92 a 122)

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

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

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la

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

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

Así, para que la actora se trasladó a AFP Invertir hoy Porvenir S.A., el 29 de junio de 1994, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en que se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada régimen pensional, para que el afiliado conociera la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo que implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Atinente a este reproche, es cierto como se afirma que en virtud del principio res inter alios acta, los efectos jurídicos de los actos o negocios solo se surten entre los intervinientes, pero no frente a terceros; figura jurídica frente a la cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en sentencia SL7044 de 2017, ha dicho que “impone que las obligaciones que se generan a partir de su celebración, como regla general, deben ser atendidas por los contratantes, que no por un tercero, con las excepciones legales consagradas”; de tal manera que la invalidación del acto jurídico entre la accionante y el fondo de pensiones, no surte en línea de principio efectos en contra de Colpensiones por su calidad de tercero de buena fe, pues no hizo parte del mismo, por lo que ni su celebración, tampoco su eventual ineficacia lo debe perjudicar.

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

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

10. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

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

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

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

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

11. Excepción de prescripción. Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración, comisiones, los rendimientos financieros, el porcentaje destinado a

seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que son igualmente imprescriptibles (SL1688-2019, SL1421-2019, SL4426-2019, SL4360-2019, SL373-2021 y SL2300 de 2023). Por lo que, este punto de apelación resulta infructuoso.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de agosto de 2023, por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con la parte motiva de este fallo.

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

Magistrada

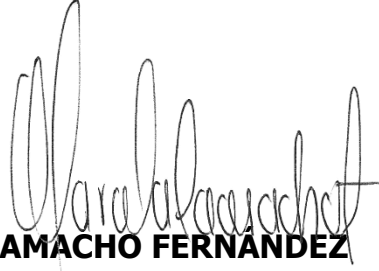


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

Magistrado

AUTO PONENTE

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



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: DIOSELINA GARCÍA QUINTERO
Demandados: COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A.
Radicación: 110013105-046-2023-00021-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - CONFIRMA

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre del dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Dioselina García Quintero instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A. con el propósito que se declare la nulidad del traslado al RAIS desde el 01 de junio de 2009; y en consecuencia, se condene a Porvenir S.A a trasladar los aportes realizados por la demandante a Colpensiones junto con los rendimientos generados. Así mismo, se condene a Colpensiones a aceptar el traslado y recibir los aportes pensionales realizados por la actora.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que estuvo afiliada en el ISS hoy Colpensiones desde el 7 de julio de 1980 hasta el 30 de mayo de 1999; el día 01 de junio de 1999, fue trasladada a la AFP Porvenir S.A.; mediante una consulta en el SIAF la accionante multiafiliación al Sistema general de Seguridad Social en Pensiones, al respecto, el 18 de julio de 2022 Colpensiones indicó que la demandante se encuentra afiliada a la AFP Porvenir desde el 01 de junio de 1999, y que no era válido el traslado al RPMPD porque ya estaba dentro de la prohibición de los 10 años para cambiarse de régimen; el 18 de agosto de 2022 Porvenir S.A. sobre este tema responde, que el 13 de mayo de 2009 la trabajadora solicitó traslado hacia Colpensiones, la cual fue aprobada el 30 de junio de 2009, que por lo tanto no registra situación de multiafiliación y que los saldos fueron girados a Colpensiones; la AFP demandada de nuevo realizó la validación en donde indican que el 16 de agosto de 2022 Colpensiones solicitó la anulación del traslado de régimen debido a que la demandante ya contaba con 48 años de edad, por lo que se aceptó que la demandante se encuentra actualmente afiliada a Porvenir S.A., señala que al momento del traslado no fue asesorada adecuadamente, le dijeron que el RAIS era rentable y que el ISS se acabaría, tampoco le brindaron una proyección financiera, un estudio pensional, los asesores le explicaron que se podía pensionar a cualquier edad y en la cuantía que ella escogiera, tampoco le informaron el perjuicio de trasladarse, por lo tanto señala que este traslado fue producto de engaños. (Expediente electrónico, PDF02demanda, 1-14)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF10NotificacionAgenciaNacional); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En su respuesta se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda tanto declarativas como condenatorias, argumentando que esto atenta de forma directa contra la sostenibilidad financiera del Régimen, al tener que recibir el traslado de la actora que por ley está prohibido, por su edad, según las disposiciones de la Ley 797 de 2003, es por ello que no existe obligación de recibir los dineros por gastos, comisiones, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales. Como excepciones de mérito interpuso las que denominó como, aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y la genérica. (Expediente electrónico, PDF11ContestacionDemanda)

3.2. AFP Porvenir S.A. La demandada se opuso a las pretensiones argumentando que la parte actora se trasladó una vez recibió información transparente y necesaria, lo que le permitió compararla con el conocimiento que tenía del régimen de prima media con prestación definida por haber pertenecido a él, para así tomar la mejor decisión de acuerdo con sus intereses pensionales. Como excepciones de mérito propuso las que denominó, prescripción, Buena Fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas, y la genérica.(Expediente electrónico, PDF14ContestaciónDemandaPorvenir)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 09 de octubre de 2023, en la que el fallador de primer grado declaró la ineficacia del traslado al RAIS del 29 de abril de 1999; ordenó a la AFP Porvenir S.A el traslado de todos los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante por concepto de cotizaciones con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado 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, estos últimos tres rubros debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante; ordenó a Colpensiones a recibir todos los valores y a mantener la afiliación de la demandante como si no se hubiera realizado el traslado con la actualización de la historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas y gravó en costas a la las demandadas.

El A quo fundamentó su decisión en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la cual ha destacado que las Administradoras de Fondos de Pensiones tienen el deber de suministrar a sus interesados una información completa y comprensible, es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y alcance de orientar al potencial afiliado o de quien ya lo está. La elección del régimen pensional trasciende el simple deber de información, la administradora tiene el deber del buen consejo que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar información dando a conocer las diferentes alternativas con sus beneficios e inconvenientes, incluso a desanimar a la interesada de tomar una opción que le perjudica; que dentro del presente juicio no se había acreditado el deber de información por parte de la AFP demanda al momento de la realización del traslado, por lo que se debía declarar su ineficacia, así, al declarar sin efecto la afiliación al RAIS trae consigo la consecuencia de no haber pertenecido a este debiendo restituirse las cosas al estado original, junto con la devolución de todos los aportes con sus respectivos rendimientos y su indexación para contrarrestar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

De otro lado, sostuvo la juzgadora que no se acogían los argumentos de Colpensiones relativo a que la actora incumplió con sus obligaciones cómo consumidora financiera, o

de que el error en un punto de derecho no vicia el consentimiento ya que como se indicó la labor de las AFPs concierne a los intereses públicos, en concordancia con la protección especial que la Constitución brinda al trabajo. (Expediente electrónico, PDF23ActaFallo)

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

5.1. Porvenir S.A. Presentó recurso de apelación parcial referente al numeral segundo de la sentencia, respecto de trasladar a Colpensiones los aportes destinados para el fondo de garantía de pensión mínima, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y gastos de administración estos debidamente indexados, en la medida que los excelentes rendimientos obtenidos durante el tiempo de permanencia de la actora en el fondo compensan cualquier condena a cargo del patrimonio de Porvenir S.A., adicional a ello, debe tenerse en cuenta que si la demandante hubiese permanecido afiliada en el RPMPD, en este fondo público también se descuentan unos porcentajes por concepto de pensión de invalidez y sobrevivientes y gastos de administración; por lo tanto, reitera que de ordenarse que estos rubros vayan de manera indexada a Colpensiones, se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa a favor de la entidad pública; así mismo, sostiene que no es procedente retornar a Colpensiones los seguros previsionales como quiera que Porvenir S.A. contrató los servicios de una aseguradora, por lo que estos rubros ya no reposan en la entidad, ahora, si el Tribunal Superior considera la devolución de dichos emolumentos, solicita que estas sumas no sean indexadas.

5.2. Colpensiones. Interpuso recurso de apelación argumentando que, la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal del artículo 2º de la ley 797 del 2003, pues supera los 47 años, por lo que no le es permitido retornar al RPMPD; también sostiene que el término de permanencia en el RAIS es un acto propio de relacionamiento que permite suponer vocación de permanencia, más cuando la demandante tenía a su disposición los canales de comunicación con la AFP, el deber de información por parte de las administradoras no exonera a la afiliada del deber de concurrir suficientemente ilustrado a la escogencia de su régimen pensional, en la medida que de su elección dependerá las condiciones de cubrimiento de las contingencias amparadas por el sistema de seguridad social, pues la demandante es una persona plenamente capaz que conocía el valor y alcance jurídico del documento el cual suscribió. En consecuencia, solicita que no se imponga condena alguna; que en caso de que se confirme la decisión de primera instancia, solicita se atiendan medidas menos lesivas teniendo en cuenta que es la única administradora de RPMPD que alberga un mayor número de pensionados cuyas pensiones se reconocen con subsidios del Estado. Finalmente, frente a la condena en costas demanda que se revoque la misma atendiendo que dentro del expediente no se encuentra prueba efectiva de la casación de las mismas, además que Colpensiones no ha sido la generadora de la presente litis.

6. Alegatos de conclusión. Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 *ejusdem*.

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

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

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que Dioselina García Quintero se afilió al ISS el 07 de junio de 1980 hasta el 30 de mayo de 1999 (Expediente electrónico, 16SubsanacionContestacionDda, Pág.26 a 37 y PDF 14contestacionDemandaPorvenir, Pág. 96-98); con posterioridad se trasladó a la AFP Porvenir S.A. el 29 de abril de 1999, con cotizaciones desde el 01 de junio de 1999 hasta la fecha. (Expediente electrónico, PDF 14contestacionDemandaPorvenir, Pág. 96-98)

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

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

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

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

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

Así, para la data en que la actora se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, 29 de abril de 1999, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

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

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

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

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

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

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

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

8. Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022) sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos son frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

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

9. Costas en primera instancia. Finalmente, debe recordarse que el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, no siendo procedente no condenarlas y menos aun cuando se opusieron a todas las pretensiones de la demanda, por lo que este punto de apelación resulta infructuoso.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de octubre de 2023, por el Juzgado Cuarenta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motivada de este fallo.

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

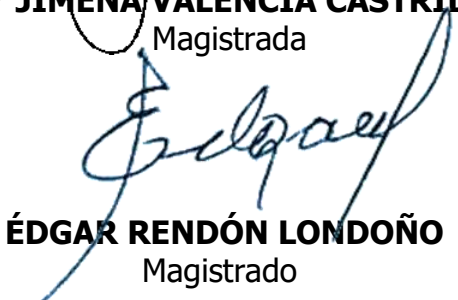
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



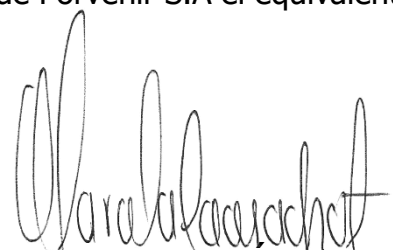
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

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



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada