



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.38-2022-00314-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil veinticuatro (2024).

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve el recurso de apelación interpuesto por la **DEMANDANTE** y las demandadas **COLFONDOS S.A.** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia del 14 de junio de 2024 proferida por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró la ineficacia de la afiliación de régimen pensional realizado por **ANA DE LOURDES OSPINO DIAZ** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, ordenó a **PORVENIR S.A.** y a **COLFONDOS S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad del capital ahorrado en los términos de la sentencia SU-107/24, a **COLPENSIONES** a recibir el traslado de los recursos, activar la afiliación de la demandante y a actualizar la historia laboral y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** (*min. 01:41:39, archivo “39ActaAudienciaSentencia20240614”*).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

ANA DE LOURDES OSPINO DIAZ llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** con el fin de que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS y, en consecuencia, se ordene a **COLFONDOS** a trasladar a **COLPENSIONES**

todos los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual, y a **COLPENSIONES** a recibirla sin solución de continuidad, a corregir y actualizar la historia laboral, junto con las condenas por facultades ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 31 de mayo de 1963 y se encontraba afiliada al RPM, trasladándose en el año 1997 al RAIS administrado por **PORVENIR S.A.** y en noviembre de 1999 a **COLFONDOS**, afiliaciones que no estuvieron precedidas de la suficiente asesoría e información por parte de las AFP; **COLFONDOS** le informó que la mesada pensional al año 2022 sería aproximadamente de \$1.200.000 y el 07 de junio de 2022 agotó la vía gubernativa con **COLPENSIONES** (pág. 1 a 14, archivo “01DemandaOrdinaria20220725”).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones, aceptó la fecha de nacimiento de la accionante, la afiliación al ISS y la presentación de la petición, expresó que los demás hechos no le constaban y formuló las excepciones de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho, innominada o genérica (pág. 4 a 26, archivo “10ContestacionColpensiones20230608”).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones, aceptó la fecha de nacimiento de la accionante, expresó que los demás hechos no le constaban o no eran ciertos y formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, inexistencia e imposibilidad de devolver gastos de administración, comisiones y seguros previsionales, prescripción. (pág. 3 a 24, archivo “13ContestacionDeDemandaColfondos20230609”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones, aceptó la fecha de nacimiento de la accionante, el traslado de régimen pensional a esa AFP, el traslado a Colfondos, expresó que los demás hechos no le constaban o no eran ciertos y formuló las excepciones de 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, prescripción (*pág. 3 a 24, archivo “14ContestacionDeDemandaPorvenir20230614”*).

COLFONDOS llamó en garantía a **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A. y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, solicitud admitida mediante auto del 23 de agosto de 2023 (*archivo “16AutoAdmiteLlamamiento20230823”*).

AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. se opuso a las pretensiones del llamamiento en garantía formulado en su contra, dijo ser cierto el hecho 1 del escrito de llamamiento y no ser ciertos o no constarle los demás. Con relación a la demanda inicial, dijo no constarle ninguno de los hechos y manifestó su oposición frente a las pretensiones. Invocó las excepciones de falta de legitimación en la causa por activa para formular el llamamiento en garantía, inexistencia de la obligación, compensación, prescripción y la genérica o innominada (*pág. 3 a 41, archivo “18ContestacionDeDemandaOposicionLlamamiento20231002”*).

ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, manifestó no constarle ninguno de los hechos y formuló las excepciones de: las excepciones formuladas por la entidad que efectuó el llamamiento en garantía a mi procurada, afiliación libre y espontánea de la señora Ana de Lourdes Ospina al RAIS, error de derecho no vicia el consentimiento, prohibición del traslado del RAIS al RPM, el traslado entre administradoras del RAIS denota la voluntad de la afiliada de permanecer en el RAIS y consigo, se configura un acto de relacionamiento que presupone el conocimiento del funcionamiento de dicho régimen, 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, prescripción, buena fe, genérica o innominada.

Frente al llamamiento en garantía, se opuso a las pretensiones, aceptó el proceso ordinario laboral de primera instancia, los pagos realizados por Colfondos S.A. para cubrir los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes de la demandante, la suscripción de la póliza No. 0209000001-1 para amparar dichos riesgos; manifestó no constarle o no ser ciertos los demás hechos y formuló las excepciones de inexistencia de obligación de restitución de la prima del seguro previsional al estar debidamente devengada debido al riesgo asumido, inexistencia de obligación a cargo de Allianz Seguros de Vida S.A. por cuanto la prima debe pagarse con los recurso propios de la AFP cuando se declara la ineficacia de traslado, la ineficacia del acto de traslado no conlleva la invalidez del contrato de seguro previsional, la eventual declaratoria de ineficacia de traslado no puede afectar a terceros de buena fe, falta de cobertura material de la póliza de seguro previsional no. 0209000001, prescripción extraordinaria de la acción derivada del seguro, aplicación de las condiciones del seguro, cobro de lo no debido (pág. 3 a 36, archivo “24ContestacionAllianzaSegurosdeVida20240604”).

No hubo pronunciamiento de **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A.** ni de **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 01:56:00, archivo “39ActaAudienciaSentencia20240614”)

El 14 de junio de 2024, el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“...**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación realizada por la señora ANA DE LOURDES OSPINO DÍAZ con destino a la A.F.P. PORVENIR S.A. con ocasión de la suscripción del formulario de afiliación el 16 de septiembre de 1997. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. **SEGUNDO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y a las A.F.P. PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., que conjunta y coordinadamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a reactivar a la demandante en condición de afiliada, en el Régimen de Prima Media con Presión Definida administrado por COLPENSIONES, y a trasladar al mismo régimen,*

*la totalidad de recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante en COLFONDOS, en los términos de la sentencia SU 107 de 2024, proferida por la H. Corte Constitucional. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. **TERCERO: EXCEPCIONES**, dadas las results del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas, respecto de las determinaciones adoptadas. **CUARTO: ABSOLVER** a las llamadas en garantía AXA COLPATRIA S.A. y ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., de las pretensiones formuladas por COLFONDOS S.A. en el marco de los llamamientos en garantía. Por lo anotado en la parte motiva de la presente sentencia. **QUINTO: EXCEPCIONES** en cuanto al llamamiento, dadas las results del juicio, el Despacho se considera relevado del estudio de las propuestas por las aseguradoras. **SEXTO: COSTAS**. Lo serán a cargo de la AFP. PORVENIR S.A. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1'300.000, en favor de la demandante. En el marco de los llamamientos, las costas serán a cargo de COLFONDOS S.A. por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1'300.000 en favor de AXA COLPATRIA S.A. y la suma de \$1'300.000 en favor de ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. Sin costas a cargo de COLPENSIONES y de COLFONDOS, en cuanto a la demanda principal se refiere. **SÉPTIMO:** Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR...”*

El Juez *a quo* fijó como problema jurídico, establecer si hay lugar a declarar la nulidad o ineficacia del traslado al RAIS que realizó la demandante y si, en consecuencia, hay lugar a la condena del traslado de los recursos y aportes con destino a **COLPENSIONES** en el RPM.

Como sustento de la decisión el Juez expresó que, revisado el expediente no milita prueba idónea alguna con base en la cual pueda deducirse de manera incontrastable qué información específica le fue suministrada a la accionante al momento de su afiliación al RAIS por el promotor de la AFP **PORVENIR** para que válidamente se pueda calificar como completa, objetiva y comparar respecto de los distintos regímenes pensionales y frente a las consecuencias asociadas al traslado entre ellos, tampoco emana una conclusión de esa naturaleza de lo mencionado en el interrogatorio de parte, ya que la actora no da mayores luces respecto a qué información puntual le habrá sido suministrada, abonado a que insiste en que no fue mayor el tiempo de intervención en ese procedimiento teniendo en cuenta la carga laboral que tenía en su momento y que no le podía destinar demasiado tiempo a ese trámite de

afiliación. En ese escenario, considera el *a quo* que al no acreditarse una conclusión que permita deducirse que se dio una información en los términos exigidos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no queda un camino distinto que declarar la ineficacia de la afiliación.

En cuanto al llamamiento en garantía que hace **COLFONDOS** frente a **AXA COLPATRIA S.A.** y **ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.**, dijo que conforme a lo mencionado en sentencia SU 107 de 2024, no hay lugar a acceder a las pretensiones incoadas.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de **COLFONDOS** presenta recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, fundamentado en que la parte actora tiene la carga de la prueba, quien aportó ninguna prueba tendiente a demostrar sus afirmaciones, por lo que no se puede certificar la supuesta omisión por parte de esa AFP, y por el contrario, se suministró de manera integral la información que para la fecha, y teniendo en cuenta la normatividad vigente. Señaló, que según los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, como elementos para declarar ineficaz una afiliación al sistema general de pensión, están en primer lugar que la suscripción de la vinculación no provenga del afiliado, lo cual en el presente caso no ocurrió, pues la parte demandante a puño y letra suscribió el formulario de vinculación al fondo de pensiones administrado por **COLFONDOS** y quedó decantado como prueba la firma voluntaria de vinculación, y en segundo lugar, que la afiliación haya sido bajo presión o coacción vulnerando la libre voluntad del afiliado, situación que tampoco se presentó en el presente caso. (*min.02:02:46, archivo “39ActaAudienciaSentencia20240614”*).

La apoderada de la **DEMANDANTE** presenta recurso de apelación de manera parcial contra la decisión del juzgado relativa a no acceder al traslado de los gastos de administración y seguros previsionales. Argumentó, que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 es claro en identificar que la consecuencia de la falta de información en el traslado de regímenes pensionales es la ineficacia, como si la actuación nunca se hubiera efectuado, es decir, que retrotrae todas las actuaciones. De manera que, al ser el RPM un sistema subsidiado, la diferencia pensional impactaría este sistema y aunque la sentencia SU 107 de 2024 indicó

que esos gastos de administración y seguros previsionales no se deben trasladar, dicha sentencia no está proyectada ni a largo ni a mediano plazo respecto del impacto que esto produciría en el RPM. Solicita adicional la decisión en cuanto a ordenar el traslado de los gastos de administración y seguros previsionales con destino al RPM (*min. 02:05:56, archivo “39ActaAudienciaSentencia20240614”*).

La apoderada de **COLPENSIONES** presenta recurso de apelación para que se modifique la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar la devolución de los aportes, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentaje de lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y discriminando el valor que corresponda por cada concepto de acuerdo con la sentencia SL 2369 de 2002. (*min. 02:08:52, archivo “39ActaAudienciaSentencia20240614”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de **COLFONDOS** solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia y en consecuencia absolver a su representada.

La apoderada de **COLPENSIONES** solicita modificar la sentencia, en el sentido de ordenar la devolución de los aportes, junto los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentaje de los destinado al fondo de garantía mínima, debidamente indexados.

Por su parte, los apoderados de **ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.** y **AXA COLPATRIA S.A.** solicitaron la confirmación del fallo.

Finalmente, el apoderado de **PORVENIR** en su escrito de alegatos se ratificó en los argumentos esbozados en la contestación de demanda y en las excepciones propuestas

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite deducir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por lo que procede el

grado jurisdiccional de consulta conforme al artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social-CPTSS, para realizar un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los demás en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional del demandante al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.** y posterior traslado a **COLFONFOS**, así como la procedencia de ordenar a las AFP demandadas a trasladar a **COLPENSIONES** las sumas por conceptos de rendimientos, gastos de administración, primas de seguro previsional y porcentaje de fondo de garantía de pensión mínima, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i)** la demandante **ANA DE LOURDES OSPINO DIAZ** nació el 31 de mayo de 1963 y cotizó en el RPM un total de 218 semanas (pág. 15 a 16 archivo “01DemandaOrdinaria20220725” y pág. 2 archivo “15ExpedienteAdministrativoColpensiones203230718”); **ii)** la demandante se trasladó del RPM al RAIS administrado por **PORVENIR S.A.** mediante formulario de vinculación No. 00945524 del 16 de septiembre de 1997, con efectividad desde el 17 de septiembre de 1997 y luego realizó traslados horizontales dentro del RAIS a COLPATRIA, HORIZONTE y **COLFONDOS**, AFP en el que se encuentra actualmente vinculada (pág. 74 y 78 archivo “14ContestacionDeDemandaPorvenir20230614” y pág. 25 a 27 archivo “13ContestacionDeDemandaColfondos20230609”); **iii)** la demandante elevó solicitud de retorno al RPM ante **COLPENSIONES**, petición negada (pág. 17 a 21 archivo “01DemandaOrdinaria20220725”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró ineficaz la afiliación al RAIS, ordenó devolver el saldo de la cuenta de ahorro individual en los términos de la sentencia SU 107/24, reactivar la vinculación en el RPM, absolvió a las llamadas en garantía y condenó en costas a **PORVENIR**. Contra la anterior decisión **COLFONSOS, COLPENSIONES** y la parte **DEMANDANTE** interpusieron recurso de apelación.

Procede entonces la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen pensional, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

La Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019, SL3199 de 2021, SL1618 de 2022 y SL3179 de 2023, indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado posea una expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho

pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En estos casos, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019, SL4025 de 2021 y SL3179 de 2023, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencias SL2279-2021 y SL3465-2022).

Y finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, SL3150 de 2023, entre otras.

Pese a lo anterior, recientemente la Corte Constitucional en sentencia SU-107 de 2024¹, flexibilizó el referido precedente de la Corte Suprema de Justicia, al advertir que el mismo podría comprometer el derecho a la seguridad social de las personas o la sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, atendiendo las tensiones de orden jurídico sustancial y financiero que se presentan (considerandos jurídicos 229 a 233), por lo que encontró indispensable su modulación con el propósito, principalmente, de que las eventuales afectaciones se reduzcan (considerando jurídico 234).

Sostuvo que la afectación a la sostenibilidad financiera del RPM no está dada en el corto plazo, sino en el mediano y largo plazo, pues el valor que la AFP entrega a **COLPENSIONES**, por razón de la declaratoria de ineficacia de un traslado, no será suficiente para financiar una

¹ Publicada el 08 de mayo de 2024.

prestación en el RPM, razón por la cual el RPM siempre tendrá que subsidiar el pago de las pensiones, especialmente de aquellos afiliados de altos ingresos en su base de cotización (considerando jurídico 305).

En resumen, el alto tribunal constitucional comparte buena parte de las reglas de decisión adoptadas por la Corte Suprema de Justicia, especialmente la relacionada con el deber de información a cargo de las AFP desde el momento en que empezó a funcionar el RAIS (considerando 318); la ineficacia del traslado como consecuencia de su omisión (considerando 321); la consideración según la cual el formulario de vinculación no es prueba suficiente para establecer si la afiliación se dio con pleno conocimiento de causa (considerando jurídico 323); sin embargo, se aparta de la regla decisonal relacionada con la inversión de la carga de la prueba impuesta a las AFP y los conceptos a reintegrar al Régimen de Prima Media.

Al respecto, precisó que el precedente de la Corte Suprema de Justicia puede generar algunas dificultades al resultar altamente complejo para una AFP demostrar -en la actualidad y por medio de pruebas directas- que sí brindó información a un afiliado que se trasladó en el periodo comprendido entre 1993 y 2009 (considerado 322). Esto por cuanto en ese periodo las administradoras no tenían el deber legal de guardar una reproducción de lo que, específicamente, el asesor comentó al afiliado en la antesala de su afiliación y sólo con el Decreto 2241 de 2010 -artículo 7- se dispuso que las administradoras debían consignar en medios verificables que el afiliado fue informado, que recibió asesoría adecuada, y que entendió los efectos de su decisión. Antes de tal norma, el traslado y su legalidad se demostraban, fundamentalmente, con el formulario de afiliación (considerandos jurídicos 322 y 324).

Por lo tanto, la Corte estableció que en esta clase de procesos las dificultades probatorias no deberían suplirse solo acudiendo a la figura de la inversión de la carga de la prueba, sino que se debe promover la participación de la parte demandante (que podría aportar los elementos con que cuente) y del juez (que podría acudir a sus poderes oficiosos), con el objeto de que se esclarezcan los hechos (considerando 325). Resaltó que ni las primas de seguros, los gastos de administración, o el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima ya sea de forma individual, combinada o indexada son susceptibles de devolución o

traslado al configurar situaciones que se consolidaron en el tiempo y que no se pueden retrotraer por el simple hecho de declarar la ineficacia del traslado pensional (considerando 299).

Finalmente, en la parte resolutive de la sentencia SU-107 de 2024, se dispuso lo siguiente:

“OCTAVO.- EXTENDER, con efectos inter pares y de inmediato cumplimiento, las reglas expuestas en esta providencia a todas las demandas que estén en curso ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral ya sea en primera, segunda instancia o en sede de casación, como también las que se tramiten mediante acción de tutela y cuya pretensión, principal o subsidiaria, esté dirigida a que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad”.

Bajo el anterior escenario, atendiendo que el traslado objeto de estudio ocurrió antes del año 2009, esta Corporación, de manera respetuosa, se aparta de la doctrina probable señalada por el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria; en consecuencia, conforme lo dispuesto en la Sentencia C-836 de 2001, se acogen los argumentos expuestos por la H. Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024, según la cual la carga de la prueba no debe recaer, por regla general, en los fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual por la dificultad probatoria que comportan este tipo de casos y que, de declararse la ineficacia de traslado de régimen pensional, tan sólo es susceptible de traslado el ahorro de la cuenta individual, los rendimientos y si se ha pagado el valor del bono pensional, al considerar que los demás conceptos que componen el aporte pensional configuran situaciones que se consolidaron en el tiempo y que no se pueden retrotraer. Se advierte que este último aspecto solo será posible ordenarlo en segunda instancia en la medida en que sea objeto de apelación, en aplicación del principio de consonancia.

En consecuencia, acogiendo los lineamientos establecidos por la Corte Constitucional y aplicando en los demás aspectos el precedente de la Corte Suprema de Justicia, se procede a resolver.

CASO CONCRETO

En este asunto no hay prueba de que, al momento del traslado del RPM al RAIS de la parte actora, **PORVENIR S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada

régimen y las consecuencias de dicho traslado; situación similar ocurrió con la AFP **COLFONDOS S.A.** que no probó el deber de información a la demandante en su traslado horizontal. Al revisar el expediente se observa que las únicas pruebas relevantes para obtener esta información corresponden a los formularios de afiliación y el interrogatorio rendido por la demandante.

Sobre los formularios de afiliación (*pág. 74 a 77 archivo “14ContestacionDeDemandaPorvenir20”*), tanto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional afirman que de este no se desprende la correcta información que debió suministrarse o que el interesado tuvo pleno conocimiento de la causa que estaba adelantando.

Y la demandante **ANA DE LOURDES OSPINO DIAZ** en su interrogatorio indicó que cuando se afilió a **PORVENIR** en el año 1997 trabajaba con la Rama Judicial y estaba afiliada a CAJANAL, la cual estaba desapareciendo y los fondos de pensiones privados estaban afiliando, así que en los pasillos se les acercaban e informaban que CAJANAL y el ISS desaparecían y que iban a quedar desprotegidos de pensión. Dijo, que el asesor diligenció el formulario y tan solo le pedía los datos generales de ley, sin recibir información adicional, porque por sus obligaciones laborales no contaba con el tiempo para ello, tan solo firmó el formulario, recibió una copia y seguía laborando; no fue coaccionada para firmar el formulario de afiliación, solo lo hizo para no quedar sin fondo de pensiones.

Agregó que en el momento de su vinculación a la AFP COLPATRIA en 1998, el asesor le dijo que los fondos privados eran igual, pero allí tendría mejores condiciones porque era más estable, además el asesor le dijo que debía afiliar a cierta cantidad de personas y la demandante decidió ayudarlo, pero no le dieron más información, el diligenciamiento se realizó de la misma forma que con **PORVENIR**. Cuando se afilió a HORIZONTE en el año 2005 diligenció el formulario, no recibió extractos. No conoce de los rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual, pero sí conoce los requisitos para pensionarse en el RPM. Finalmente, cuando se afilió a **COLFONDOS** el asesor le dijo que ese fondo era mejor y más estable, nunca revisó si era cierto lo que le decían los asesores (*min. 25:56 archivo “39ActaAudienciaSentencia20240614”*).

Manifestaciones que no benefician a las demandadas, pues si bien la actora aceptó haber firmado los formularios de afiliación de manera libre y voluntaria, lo cierto es de su relato hay plena certeza que en la asesoría no le informaron las características de cada uno de los regímenes pensionales y las ventajas y desventajas de la vinculación que estaba realizando, y que no conocía en ese entonces el funcionamiento y particularidades del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, es decir, no hubo ninguna confesión.

Por tanto, atendiendo las reglas de decisión de la Corte Constitucional, en este proceso se demostró que la AFP no cumplió el deber de información al momento en que se efectuó el traslado de régimen pensional en el año 1997, por lo que se configuró la ineficacia de dicho traslado.

Se resalta que el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo en el RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, ya que este caso no trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Además, actos como no usar el derecho de retracto, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua, por sí solos, no denotan asesoría suficiente sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, SL4205-2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

En consecuencia, se modificará la parte resolutive de la decisión de primera instancia, en el sentido de indicar que en el presente caso no se configuró la ineficacia de la afiliación, sino del acto de traslado de régimen pensional, pues la afiliación corresponde al acto de

incorporación permanente del trabajador al sistema general de pensiones (art. 13 Decreto 692 de 1994), mientras el traslado, es un acto jurídico que se produce con posterioridad a la afiliación. Adicionalmente, la omisión en el cumplimiento del deber de información, que deriva en la ineficacia del acto, **se predica del trámite del traslado y no de la afiliación**; en otros términos, la ineficacia de la afiliación ocasionaría la exclusión del trabajador del sistema general de pensiones, en tanto la ineficacia del traslado de régimen pensional mantiene incólume su pertenencia al régimen de prima media.

Ahora, para responder la inconformidad de **COLPENSIONES** y de la **DEMANDANTE**, debe señalarse que la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen, conlleva la obligación para las AFP demandadas de devolver a **COLPENSIONES** los aportes pensionales, rendimientos financieros, bonos pensionales y demás dineros obrantes en la cuenta de ahorro individual, tal como lo dispuso la Corte Constitucional en sentencia SU107-24. Sobre las primas de seguros, los gastos de administración, o el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima ya sea de forma individual, combinada o indexada, para la Corte Constitucional no son susceptibles de devolución o traslado al configurar situaciones que se consolidaron en el tiempo y que no se pueden retrotraer por el simple hecho de declarar la ineficacia del traslado pensional (CC SU107-24 considerando 303). Como la decisión de primera instancia no es suficiente clara en disponer el traslado de los valores referidos en procedencia, se modificará el alcance de la condena.

Por otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia para declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022 y SL3150 de 2023, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en

consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el **ORDINAL PRIMERO** de la sentencia de primera instancia para precisar que no se configuró la ineficacia de la afiliación, sino la ineficacia del traslado de régimen pensional, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el **ORDINAL SEGUNDO** de la sentencia de primera instancia para precisar que **PORVENIR** y **COLFONDOS** deben trasladar a **COLPENSIONES** los aportes pensionales, rendimientos financieros, bonos pensionales y demás dineros obrantes en la cuenta de ahorro individual. Cuando las AFP demandadas cumplan la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en lo demás.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

SEXTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.
Secretaría de la Sala proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

Ausente por incapacidad médica
MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.