

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA
Sala de Decisión Primera Laboral



ELVIA MARINA ACEVEDO GONZÁLEZ
Magistrada Sustanciadora

SSS-67 radicado único: **68001-31-05-005-2023-00166-01**

Bucaramanga, catorce (14) de mayo de dos mil veinticuatro (2024)

S E N T E N C I A

Decide la Sala el recurso de *apelación* interpuesto por la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y, Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías**, frente a la *sentencia* de 26 de enero de 2024, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bucaramanga, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **Martha Liliana Pisciotti Pabón** contra las recurrentes, la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.** y la llamada en garantía **Allianz Seguros de Vida S.A.** Y adicionalmente, se surte el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, en virtud de lo establecido en el artículo 69 del CPTSS.

Esta decisión se profiere, sin sujeción al orden cronológico de turno,

por así permitirlo el inciso 3° del artículo 63A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009, por cuanto se trata de un asunto de pacífica postura y reiteración por la jurisprudencia [ineficacia del traslado de régimen pensional por ausencia de consentimiento informado en la afiliación].

ANTECEDENTES

1. Martha Liliana Piscioti Pabón, demandó a las administradoras pensionales reseñadas, para que se declare *i)* la ineficacia, nulidad o falta de requisitos de la afiliación y traslado realizado a los fondos privados Protección S.A. y Colfondos S.A., por falta de consentimiento informado y, en consecuencia, *ii)* se mantenga activa la afiliación de la accionante en el RPM administrado por Colpensiones; se ordene a *iii)* Colfondos S.A. y a Protección S.A., a devolver a Colpensiones todos los valores, aportes, cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales que hubiera recibido con motivo de su afiliación; *iv)* a Colpensiones a recibir todos los aportes efectuados en los fondos privado; y *v)* se impongan costas a las demandadas.

En sustento de sus pretensiones manifestó, que se vinculó al ISS desde septiembre de 1995; que, en abril de 1996 se trasladó al RAIS a través de Colfondos S.A., y que posteriormente, el 12 de junio del 2000 transitó a Protección S.A., fondo en la que se encuentra actualmente afiliada.

Que en sus traslados diligenció los formularios de afiliación a las AFPS accionadas, sin que le suministran una información clara, concreta, seria, concisa y detallada sobre los beneficios o ventajas

que tendría al vincularse al RAIS, y que no le hicieron una proyección de su situación pensional, haciéndola incurrir en error.

Que, en escritos de 31 de marzo de 2023, petición ante Colpensiones, Protección S.A. y Colfondos S.A., la declaratoria de ineficacia del traslado realizado al RAIS, solicitudes que le fueron denegadas por las tres entidades¹.

2. Al descorrer el traslado de rigor, las convocadas por pasiva, se pronunciaron en los siguientes términos:

2.1. La *Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones*, luego de aceptar los supuestos fácticos relativos a la fecha de nacimiento de la actora, su afiliación al RPM y a la reclamación administrativa, manifestó que no le constan los hechos de la demanda por tratarse de situaciones ajenas a esa entidad.

Se opuso a las pretensiones alegando en esencia, la restricción contemplada en el artículo 2º literal e) de la Ley 797 de 2003; la validez del traslado, pues la edad de la accionante es de 57; reseñó que el traslado fue realizado de manera libre y voluntaria; la afectación del sistema pensional en cuanto a su sostenibilidad financiera; y la inoponibilidad de la declaratoria de ineficacia por no haber participado en el acto administrativo del traslado pensional. Y llamó la atención en la distribución de la carga de la prueba, para precisar que no es dable exigir a las AFPS demostrar el cumplimiento del deber de información con cumplimiento de exigencias no vigentes al momento del traslado.

1 C01Principal Derivado 01Demanda.pdf.

Planteó en su defensa las excepciones de mérito de *prescripción sin aceptación de la obligación, inexistencia de la obligación, 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, necesidad de un juicio de proporcionalidad y ponderación, y la genérica*².

2.2. La *Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.*, negó los hechos de la demanda relacionados con terceros, aceptó la afiliación al fondo efectiva el 1º de agosto del 2000, así como la petición presentada requiriendo el regreso a Colpensiones y la respuesta dada.

Rechazó lo solicitado, ante la concurrencia de los elementos de validez del acto jurídico de afiliación, efectuado de manera espontánea por la demandante, en ejercicio de la libertad de elección de régimen y con la información oportuna, clara, suficiente y adecuada que se le brindó, al punto que firmó el formulario de afiliación exigible a la fecha de la asesoría [Decreto 720 de 1994], no hizo uso del derecho de retracto ni de los mecanismos brindados por la ley, acudió a traslados horizontales y permaneció afiliada por más de 27 años [actos de relacionamiento], de manera que ratificó su voluntad de vinculación al RAIS.

Planteó que, en el evento de ser declarada la ineficacia del traslado, no se ordene la devolución de gastos de administración, pues ello va en contravía de las reglas en materia de restituciones mutuas.

Y propuso las excepciones de mérito de *cumplimiento de las obligaciones propias del objeto y de la naturaleza jurídica de Protección S.A., validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, no es viable el traslado de la*

2 C01Principal Derivado 13ContestacionDemanda.pdf.

demandante al Régimen de Prima Media, inexistencia de la obligación reclamada, no se reúnen los presupuestos de ley para la configuración de la nulidad o ineficacia pretendida, falta de título y causa en la demandante, cobro de lo no debido, 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 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 sin aceptación de la obligación, buena fe de Protección S.A., compensación, innominada o genérica³.

2.3. A su turno, *Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías*, también se resistió a lo solicitado, afincándose en que la demandante tomó una decisión informada y consciente, en señal de ello suscribió el formulario de vinculación manifestando pleno conocimiento y consentimiento en el proceso de la vinculación; que la AFP le ofreció toda la asesoría especializada e idónea por parte del promotor comercial, quien le informó acerca de las ventajas y desventajas del RAIS, sus variables financieras, los requisitos para generar el derecho a las prestaciones económicas y las características y diferencias propias cada régimen.

Destacó además que la demandante realizó actos de relacionamiento por más de 20 años, y no hizo uso del derecho de retracto. E informó que la cuenta de la accionante se encuentra cerrada con valor CERO, y que la devolución de los gastos de administración y primas de seguros previsionales se torna improcedente, dado que tales erogaciones tienen una destinación específica reconocida por la ley, por lo que esos dineros no se encuentran en su poder.

3 C01Principal Derivado 08ContestacionDemanda.pdf.

Solicitó que en el evento de ser declarada la ineficacia del traslado, se le exonere de la condena por intereses moratorios, indemnización de perjuicios, indexación y costas del proceso.

Y propuso las excepciones de fondo de *prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, prescripción, compensación y pago, 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.*⁴.

3. *Colfondos S.A.* Pensiones y Cesantías, llamó en garantía a la aseguradora *Allianz Seguros de Vida S.A.*, con fundamento en el artículo 64 del Código General del Proceso y con ocasión de la póliza de seguro previsional No. 0209000001-1 vigente de 1º de enero de 1994 a 31 de diciembre de 2000⁵.

3.1. La *llamada en garantía Allianz Seguros de Vida S.A.*, manifestó que no le constan los hechos de la *demanda* por tratarse de situaciones ajenas a esa entidad. Y señaló que la afiliación de la demandante se realizó de manera libre y espontánea, al punto que no ejerció su derecho de retracto, por lo que no es posible declarar la nulidad por vicio del consentimiento por el errado entendimiento de la señora Pisiotti Pabón acerca de las consecuencias del acto de traslado.

Reseñó que durante la vigencia del seguro previsional, asumió los riesgos amparados, por tanto, la prima fue causada, y Colfondos S.A. actuó de buena fe, al momento de la afiliación.

4 C01Principal Derivado 09ContestcionDemanda.pdf.

5 C01Principal Derivado 09ContestcionDemanda.pdf. pág. 128.

Propuso frente a la demanda las excepciones de mérito de *excepciones formuladas por quien efectuó el llamamiento en garantía, afiliación libre y espontánea de la señora Martha Liliana Piscioti Pabón al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, error de derecho no vicia el consentimiento, prohibición de traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia del traslado por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, el traslado entre administradora del RAIS denota la voluntad de la afiliada de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y se configura un acto de relacionamiento que presupone el conocimiento del funcionamiento de dicho régimen, prescripción, buena fe, genérica o innominada.*

3.2. Respecto del llamamiento aceptó la celebración del contrato de aseguramiento, precisó la fecha de inicio de la cobertura del seguro previsional cuya vigencia empezó el 2 de mayo de 1994. Se opuso a las pretensiones del llamamiento, como quiera que no tienen relación con los riesgos cubiertos [invalidéz, y muerte] en la póliza de seguro previsional No. 0209000001-1.

Planteo como excepciones perentorias al llamamiento en garantía las de *abuso del derecho por parte de Colfondos S.A. al llamar en garantía a Allianz Seguros de Vida S.A. aun cuando la AFP tiene pleno conocimiento que no le asiste derecho a obtener la devolución y/o restitución de la prima, inexistencia de obligación de restitución de la prima de seguro previsional al estar debidamente devengada en razón del riesgo asumido, inexistencia de la obligación a cargo de Allianz Seguros de Vida S.A. por cuanto la prima debe pagarse con los recursos propios cuando se declara la ineficacia de traslado, la ineficacia del 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 de la póliza de seguro previsional N° 0209000001, prescripción extraordinaria de la acción derivada del seguro, aplicación de las condiciones del seguro, cobro de lo no debido⁶.*

⁶ C01Principal Derivado 23ContestacionDemanda.pdf.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Por sentencia de 26 de enero de 2024, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bucaramanga, declaró la ineficacia del traslado que la demandante hizo el 22 de abril de 1996 del RPM al RAIS, por intermedio de Colfondos S.A. y los posteriores traslados horizontales, siendo el último a Protección S.A., y ordena su retorno a Colpensiones y; en consecuencia, **i)** condenó a Protección S.A., a trasladar a Colpensiones *"la totalidad de lo ahorrado por la parte actora en su cuenta de ahorro individual, incluyendo los **rendimientos** y los **bonos pensionales** a que haya lugar"*; y adicionalmente le impuso a Colfondos S.A. y a Protección S.A., a trasladar a Colpensiones *"el porcentaje cobrado por **gastos de administración** y **primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia**, y el **porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima**, debidamente **indexados** y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen"* **ii)** ordenó a Colpensiones que, una vez Colfondos S.A. y Protección S.A. cumplan lo ordenado en la sentencia, proceda a aceptar el traslado de los aportes en pensión de la señora Martha Liliana Piscioti Pabón y computarlos como semanas efectivamente cotizadas en el RPM; **iii)** absolvió a la llamada en garantía Allianz Seguros de Vida S.A., e **iv)** impuso costas en contra de las administradoras que integran el extremo pasivo⁷.

Luego de concretar el objeto de debate de la *litis*, de presentar el marco legal y jurisprudencial que rige el asunto, y de establecer las diferencias entre las instituciones de la nulidad y de la ineficacia,

⁷ C01Pirncipal Derivado 28ActaAudiencia.pdf.

resaltó que el deber de información necesaria que les asiste a las administradoras pensionales ha evolucionado y no puede entenderse satisfecho con la simple expresión genérica inserta en un formato y en aplicación del principio de la carga de la prueba como a las AFP correspondía acreditar el cumplimiento a ese deber y no lo hizo, corresponde retrotraer las cosas al estado en que se hallaban, si no hubiese surgido el acto de traslado al RAIS.

Al analizar el llamamiento en garantía, estimó que no había lugar al mismo, como quiera que son las AFP las que deben con su patrimonio devolver las sumas correspondientes a primas de seguros previsionales, pues el órgano de cierre de la jurisdicción laboral así lo ha adoctrinado, máxime, si se tiene en cuenta que el canon 4 del Decreto 1295 de 1994, prevé la responsabilidad contractual de las AFP hasta por la culpa leve.

Y no se pronunció sobre los medios exceptivos.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, las codemandadas Colpensiones, Porvenir S.A, acuden en *apelación*, así:

1. La *Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones*, pretendiendo la revocatoria de la sentencia y la consiguiente absolución, fincando su inconformidad en cinco reproches: Uno, Colpensiones fue tercero ajeno al acto jurídico de traslado de régimen de la demandante al RAIS, por lo cual el acto le es inoponible. Dos, los derechos y beneficios de la afiliada en el RPM deberían ser asumidos por Protección S.A., Tres, por la restricción

de edad que le impide a la afiliada solicitar el cambio de régimen cuando le faltan 10 años o menos para acceder a la pensión de vejez, conforme al artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Cuatro, el quebranto al principio de sostenibilidad financiera del sistema por el retorno de la demandante. Y quinto, la improcedencia de la condena en costas.

2. Por su parte, *Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías*, reparó en que la afiliada hizo uso a su derecho de elección de régimen conforme al artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993; y señaló que para la fecha de la afiliación no existía norma que obligara a las AFPS a realizar proyecciones en materia de pensión. Abogó para que se le absuelva de la devolución de los gastos de administración, debido a que estos descuentos se encuentran autorizados por la ley; así mismo pidió la exoneración en la devolución de las primas destinadas a las contingencias de invalidez y sobrevivencia, pues esos dineros fueron pagados a la aseguradora [artículo 7º del Decreto 3995 de 2008].

ALEGATOS DE INSTANCIA

Las partes aprovecharon la oportunidad brindada en esta segunda instancia, para reiterar los argumentos expuestos en la demanda, en la contestación de esta y en la sustentación de la alzada.

1. La *demandante Piscioti Pabón*, para pedir la confirmación del fallo de primera instancia, pues en el debate procesal no quedó acreditado el cumplimiento del deber de información que le asiste a las AFPS accionadas⁸.

⁸ C02ApelaciónSentencia Derivado 10AlegatosParteDemandante20240307.pdf.

2. La *demandada Colpensiones*, para abogar por la revocatoria de la decisión apelada, e insistió en la restricción temporal en que se encuentra la actora por su edad [artículo 13 de la Ley 100 de 1993]; pidió se le absuelva de la condena en costas por haber actuado de buena fe y sin temeridad; y, por último, estimó que debe ser Protección S.A. quien asuma las prestaciones económicas que le asistan a la afiliada en el RPM⁹.

3. La *Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.*, abogo por la confirmación de la decisión respecto de ella, y expresó que al momento de realizar la afiliación no le era posible establecer el monto de la mesada pensional, como quiera, que existen factores objetivos y subjetivos que influyen en el análisis como la edad, el grupo familiar, el ingreso base de cotización y el número de semanas. Y solicitó que no se le impongan condenas adicionales¹⁰.

4. A su turno, *Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías*, reitero los argumentos presentados al sustentar el recurso y cuestionó la congruencia de los hechos de la demanda y las manifestaciones realizadas por la accionante en el interrogatorio de parte, hecho que invalida las pretensiones, réplica que no será estudiada como quiera, que no fue parte del recurso de apelación¹¹.

5. La llamada en garantía *Allianz Seguros de Vida S.A.*, requirió la confirmación de la sentencia apelada, y reclamó que en aplicación

9 C02ApelaciónSentencia Derivado 12AlegatosColpensiones20240307.pdf.

10 C02ApelaciónSentencia Derivado 15AlegatosProteccion20240312.pdf.

11 C02ApelaciónSentencia Derivado 08AlegatosColfondos20240306.pdf.

del principio de consonancia se mantenga la decisión emitida frente a ella¹².

CONSIDERACIONES

1. En atención a los recursos de apelación presentados por Colfondos S.A. y Colpensiones y, así como al grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de la última, en lo no apelado [artículo 69 CPPTSS], debe la Sala efectuar un examen panorámico de toda la sentencia, en el que se resolverán las puntuales quejas elevadas por las censoras.

Por consiguiente, corresponde definir si acertó el *a quo* al declarar la ineficacia del traslado realizado por la demandante del RPM al RAIS, el 22 de abril de 1996, así como los tránsitos horizontales posteriores, en contraste con lo esgrimido por las apelantes, quienes pregonan el cumplimiento a su deber de información y garantía del derecho de libre escogencia de régimen pensional y, la improcedencia de las condenas restitutivas diversas a la devolución de los aportes por configurarse un empobrecimiento correlativo al fondo privado y desconocerse el mandato inserto en el artículo 7º del Decreto 3995 de 2008 [Colfondos S.A.]; la inoponibilidad del trámite de traslado de la demandante, la restricción contemplada en artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la afectación a los principios de sostenibilidad financiera del sistema pensional, la condena en costas; y la responsabilidad de Protección S.A. frente a los derechos que le asisten a la afiliada en el RPM [Colpensiones].

12 C02ApelaciónSentencia Derivado 17AlegatosAllianz20240315.pdf.

Y de entrada, se anuncia la *confirmación* de la sentencia objeto de consulta y de apelación, como quiera que la afiliación efectuada por la accionante deviene en ineficaz y por tanto, deberá retornar al RPM administrado hoy por Colpensiones, con las consecuencias que esa decisión implica, como quiera que se encontró acreditado dentro del expediente que en el caso de la demandante inicialmente sí incurrió en multifiliación al haberse trasladado sin respetar el término previsto en el artículo 13 literal e) de la Ley 100 de 1993 en su versión original y que posteriormente, el tránsito efectuado al RAIS, la AFP desatendió la obligación de suministrar la información en los términos exigidos por la normatividad vigente.

2. Probado está en el proceso que la señora Martha Liliana Psciotti Pabón, estuvo afiliada al RPMPD, desde el 7 de septiembre de 1995 hasta el 31 de marzo de 1996, acumulando un total de 26.29 semanas¹³; que el 22 de abril de 1996 con fecha de efectividad 1º de junio de 1996, se trasladó al RAIS, inicialmente a través de Colfondos S.A. y posteriormente el 7 de junio de 2000 con fecha de efectividad 1º agosto del 2000 a Protección S.A.; nuevamente cambio de AFP a Ing el 28 de abril de 2003 con efectividad el 1º de junio de 2003, y finalmente regresó a Protección S.A. el 1º de febrero de 2006, tras la solicitud de 20 de diciembre de 2005¹⁴ y que elevó sendas reclamaciones administrativas ante las codemandadas, en procura de lograr lo aquí pretendido¹⁵.

3. De cara al debate objeto de este litigio, útil resulta la posición que en materia de multifiliación tiene decantada la Corte Suprema

13 C01Principal Derivado <https://consultasexternas.ramajudicial.gov.co/inicio> - PrimeraInstancia_Principal_Contestacinedemanda_2023010707017407.pdf. pág. 1.

14 C01Principal Derivado 12ContestacionDemanda.pdf. pág. 85.

15 C01Principal Derivado 01Demanda.pdf. págs. 23-25, 28-30 y 33-35.

de Justicia, en la que recordó que "[...] *la multivinculación se configura cuando el afiliado se traslada entre regímenes pensionales (del RPM al RAIS o viceversa), por fuera del término otorgado por la ley para tales fines. Lo anterior trayendo como consecuencia que se deberá tomar como válida, únicamente, la última afiliación que se hizo respetando los períodos concedidos para ello [...]*".
[SL517-2023]

Igualmente, el precepto descrito en el artículo 13 literal e) de la Ley 100 en su versión original, cuyo texto impone que "*Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, en la forma que señale el gobierno nacional*", norma que resulta aplicable a este evento, en consideración a la fecha de la afiliación inicial.

También lo contemplado en los artículos 15 inciso 1º y 17 del Decreto 692 de 1994, que disponen respectivamente:

"Artículo 15. *Traslado de régimen pensional. Una vez efectuada la selección de uno cualquiera de los regímenes pensionales, mediante el diligenciamiento del formulario, los afiliados no podrán trasladarse de régimen, antes de que hayan transcurrido tres años contados desde la fecha de la selección anterior."*

"Artículo 17. Múltiples vinculaciones. *Está prohibida la múltiple vinculación. El afiliado sólo podrá trasladarse en los términos de que trata el artículo anterior, sin embargo, cuando el afiliado cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales. Las demás vinculaciones no son válidas y se procederá a transferir a la administradora cuya afiliación es válida, la totalidad de saldos, en la forma y plazos previstos por la Superintendencia Bancaria.*

Parágrafo. *Las administradoras podrán establecer sistemas de control de multifiliación, sin perjuicio de la facultad de la Superintendencia Bancaria para*

dirimir, en casos especiales, los conflictos que se originen por causa de las múltiples vinculaciones. (Subrayado fuera de texto)”

En el caso concreto y conforme a las probanzas recaudadas en el proceso, se encuentra acreditado que la vinculación primigenia de la demandante Martha Liliana Piscioti Pabón al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, tuvo lugar a partir del 7 de septiembre de 1995 en el RPM a través del otrora Instituto de los Seguros Sociales, de manera que el término trienal a que hacen referencia las disposiciones normativas citadas para efectos de surtir el traslado de régimen, fenecía el 7 de septiembre de 1998.

Pese a lo anterior, habiendo transcurrido solo poco más de 9 meses se adelantó su trámite de traslado al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A. [1º de junio de 1996], de manera que el mismo se surtió antes que se cumpliera con el plazo señalado en la ley para tal fin y, por ende, configura un evento de multifiliación y torna en ineficaz el citado traslado.

En consecuencia, al tenor de lo dispuesto en el referido artículo 17 del Decreto 692 de 1994, solo puede tenerse como válida la afiliación que al RPM hizo la señora Piscioti Pabón el día 7 de septiembre de 1995, por lo que se declarará ineficaz el traslado al RAIS por intermedio de Colfondos S.A.

4. Ahora, como la demandante adelantó un nuevo trámite de traslado al RAIS el 7 de junio de 2000 efectiva el 1º de agosto de esa anualidad a Protección S.A., y la misma cumple con el término mínimo de permanencia contemplado en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de

1993, al haberse surtido con posterioridad a cinco años contados desde la selección inicial, se estudiaría el incumplimiento al deber de información planteado en la demanda [Sentencia de 27 de noviembre de 2023, radicado interno 2023-0701].

Para ello, debe considerarse que con la expedición de la Ley 100 de 1993 [artículos 13 literal b), 271 y 272], surge para las AFPS la obligación de suministrar a los afiliados la *información indispensable y transparente*, y así lo impone el Decreto 663 de 1993 [artículo 97 numeral 1º], modificado por la Ley 797 de 2003 [artículo 23], Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, cuyos preceptos les resultan aplicables en atención a su doble condición de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social.

Por tanto, las directrices jurisprudenciales del máximo órgano de la jurisdicción laboral que predicán la exigencia de la libertad informada, se edifican armónicamente en la legislación que gobierna el sistema de seguridad social en pensiones, porque dicho deber nace con la creación y/o fundación de las administradoras de fondos de pensiones AFP y *"debe comprender todas las etapas del proceso desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional"*.

Ello es así, porque la Ley 100 de 1993, crea un sistema pensional dual basado en la libre competencia, y en su artículo 13 literal b) proclama que la selección de régimen es libre y voluntaria, expresión que *"necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole"*. [...] *de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen son pena de declarar ineficaz ese tránsito"* (CSJ SL12136-2014)“; y de manera paralela el artículo 271 ibidem, prescribe

que *"las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación"* [CSJ, SL1688- 2019].

Por demás, la decisión libre y voluntaria que debe acompañar el traslado de régimen pensional, *"no se limita a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado del régimen pensional, habrá de estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea. Tampoco se trata de diligenciar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada"* [CSJ SL1421-2019, reiterada en SL007-2023].

Y su *acreditación*, indiscutiblemente recae en los fondos pensionales a los que pretenda trasladarse la afiliada, por ser quien está obligado a emplear la diligencia y cuidado debidos en el suministro de la información, tal y como lo impone el artículo 1604 de la legislación sustantiva civil y ser quien *"por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego"*[SL4803-2021]. Y en todo caso, si la afiliada alega que no recibió la información debida al momento del tránsito del régimen pensional, por constituir un *supuesto negativo indefinido* que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, se *invierte la carga de la prueba* en favor de la afiliada.

En consecuencia, las AFPS deben probar que, al hacerle la propuesta de traslado, el agente o promotor del cambio, le dio a conocer cabalmente qué implicaciones podía tener a futuro, de acuerdo a su particular situación, para que la trabajadora pudiese luego de

analizar las ventajas y desventajas finalmente decidir si permanecía en el régimen en el que se encontraba afiliada o se trasladaba al ofrecido por el fondo privado [CSJ SL1668-2019].

De otra parte, debe puntualizarse que la ineficacia no puede sanearse por el paso del tiempo y como tal, no le son aplicables los cánones 151 y 488 de las legislaciones adjetiva y sustancial laboral, en su orden, por ser un estado jurídico ajeno al fenómeno extintivo, en tanto las acciones encaminadas a que se compruebe la manera cómo ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son *imprescriptibles* [SL4334 del 2021].

En efecto, el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en lo laboral, de manera reiterada ha adoctrinado que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es *imprescriptible*, "*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación [que el derecho a la pensión], pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*" [SL2884-2021].

Ahora, en cuanto a los efectos que se desprenden de la declaratoria de ineficacia, basta con recordar que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraba si el acto no hubiese existido jamás, esto es, desde su nacimiento carece de efectos jurídicos, porque "[...] *este instituto excluye o le niega toda consecuencia jurídica. [...] la sentencia que declara la ineficacia de un acto no hace más que comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis*" [CSJ. SL1688-2019, reiterada en la SL3464-2019].

Dicho de otro modo, sus efectos [no previstos en la legislación laboral], SON los mismos de la nulidad, es decir, la vuelta al estado de cosas anterior, pues "*cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia*

jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás” [CSJ SC3201-2018].

Ese estado de cosas anterior, de una parte, es la vigencia de la afiliación al régimen anterior [para el caso al RPM], sin importar el haber o no participado en el acto jurídico de traslado, porque *“si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse Radicado Interno 2023-0701 15 que nunca se cambió al sistema privado de pensiones [...]” [SL3464-2019]*, ni la previsión contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, modificatorio del artículo 13 literal e) de la Ley 100 de 1993, regulador del traslado entre regímenes, porque dicha preceptiva no aplica para eventos como estos en que está en discusión su eficacia por un vicio del consentimiento y se ordena el regreso al sistema anterior, por considerarse que nunca se cambió de régimen y que dicho tránsito carece de todo efecto práctico.

Y de la otra, la obligación del fondo pensional al que se encuentra afiliada la peticionaria [en este evento, la AFP Protección S.A.] de devolver *“el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021), 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 (CSJ SJ SL2209-2021 y SL2207- 2021), todos estos debidamente indexados (CSJ SL3803-2021)”*.

Esta última obligación, que cobija algunos conceptos cuya erogación está permitida legalmente a los fondos pensionales, como lo son los gastos de administración descontados durante el tiempo que la cotizante estuvo afiliada al RAIS, se soporta en lo dispuesto en el

artículo 1746 del Código Civil, bajo el entendido de que la administradora ante su conducta omisa, *"debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."* [CSJ SL3803-2021].

Además, debe ser plena y con efectos retroactivos *"porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional."* [SL2877-2020, reiterada en SL3349-2021].

5. Y una vez examinadas las probanzas vertidas al plenario por Protección S.A., encuentra la Sala que no logró demostrar el cumplimiento a su deber inexcusable que para el momento del traslado de la afiliada Martha Liliana Piscioti Pabón, [7 de junio de 2000] le imponía la normatividad vigente. Esto es, no le ofreció la información necesaria y transparente, objetiva y clara sobre las características del régimen, las condiciones de acceso, las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales y las consecuencias del traslado, para que aquella pudiera adoptar una decisión consciente, realmente libre y acertada acerca de su futuro pensional.

Tal deficiencia, no puede entenderse suplida con la sola manifestación escrita contenida en el formulario de afiliación

diligenciado y suscrito por la impulsora de este litigio, como se pregona en la contestación de la demanda, como quiera que tales manifestaciones preimpresas y mecánicas no constituye prueba de la calidad de la información. Como ya se dijera, tal hecho no entraña una expresión de verdadera libertad informada, tan solo da cuenta de la evidencia del traslado o afiliación, mas no de la información pormenorizada y el estudio particular que debió efectuar el fondo de pensiones respecto de la vida y proyección laboral de la afiliada [SL19447-2017, SL3794-2021].

Semejante es la conclusión en torno al interrogatorio de parte rendido por el extremo activo, porque en él no se advierte aceptación o manifestación que pueda ser catalogada como confesión en los términos del artículo 191 del Código General del Proceso, aplicable en materia laboral en virtud del principio de integración normativa previsto en el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo. La demandante en lo relativo sólo indicó que le solicitaron información personal [datos generales], diligenció el formulario de afiliación, pero no le asesoraron sobre las características del régimen ni acerca de las consecuencias de su traslado a los fondos privados.

En esas condiciones, la inobservancia al deber de información por parte de la AFP Protección S.A. conduce a la ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen pretendido por la demandante, o la exclusión de todo efecto a dicho traslado, entendimiento que lleva a la desestimación de la excepción de prescripción planteada por las accionadas, y que se acompasa con la doctrina de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, expuesta en diversos fallos [CSJ, SL1688-2019; CSJ, SL1689.2019; CSJ, SL3463-2019; CSJ, SL4360-2019; CSJ, SL2877-2020, y CSJ SL007-2023], con lo descrito en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 [cuyo texto impone que el desconocimiento al derecho a la afiliación libre, es

la ineficacia] y con las previsiones de los artículos 272 ibidem, 13 del Código Sustantivo del Trabajo, y 13 Superior.

Por demás, su declaratoria judicial, una vez corroborada la ausencia de información en la forma ya explicitada, no queda condicionada a que la afiliada no hubiese acudido al derecho de retracto o hubiese permanecido en ese régimen por varios años, como lo alegan las AFPS al contestar la demanda, porque conforme a las pretensiones del libelo y al debate procesal en primera instancia, su acción se encamina es a demostrar el incumplimiento en el deber de información por parte del fondo pensional privado, mas no a reclamar que se le hubiera impedido retornar al RPM.

Ni tiene incidencia la restricción de edad contemplada en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que le impide a la afiliada solicitar el cambio de régimen, cuando le faltare 10 años o menos para acceder a la pensión de vejez, como lo sugiere Colpensiones al descorrer el traslado del libelo inaugural y en el recurso de alzada, porque esta norma impone limitantes a su efectividad tratándose de traslados entre regímenes que gocen de validez, mas no para aquellos eventos en que está en discusión su eficacia por un vicio del consentimiento y se ordena el retorno al sistema anterior, por considerarse que nunca se cambió de régimen y privarse dicho tránsito de todo efecto práctico.

Menos aún, le resulta inoponible a Colpensiones, por haber sido ajena al acto de traslado de la señora Piscioti Pabón del RPM al RAIS, a través de Colfondos S.A. y Protección S.A., porque la declaratoria de la ineficacia revive la vigencia de la afiliación al régimen anterior, sin importar el haber o no intervenido en aquél,

pues sus efectos retrotraen la situación al estado en que se encontraba como si el acto no hubiese existido jamás, como quedó ampliamente explicado en el numeral 3. de las consideraciones soporte de esta decisión.

De otra parte, el regreso de la accionante al RPM no afecta los intereses de los demás afiliados, ni la estabilidad financiera del sistema pensional, ni desconoce el principio de sostenibilidad financiera como lo alega Colpensiones en la apelación.

En primer lugar, porque como efecto de la declaratoria de ineficacia del traslado, se entiende que la afiliada que regresa nunca se cambió al sistema privado de pensiones y, como tal, ha cumplido las obligaciones inherentes y específicas del régimen al que retorna.

Y en segundo lugar, porque como bien se recordara en las premisas jurisprudenciales de este fallo, el fondo pensional al que se encuentra afiliada la demandante debe regresar el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos y bonos pensionales a que hubiere lugar, así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados.

Y en ese norte, la queja de Colfondos S.A., enfilada contra la orden de restitución de los valores invertidos en gastos de administración y seguros previsionales, también será desestimada, justamente porque desde sus inicios el acto jurídico nació ineficaz y como tal, *estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación*

definida administrado por Colpensiones” [SL4360-2019], independientemente de que algunas de esas erogaciones hayan sido autorizadas por la ley.

Y en torno a la condena en costas impuesta en contra de Colpensiones, la Sala manifiesta su conformidad, ya que su atribución guarda coherencia con el comportamiento procesal del fondo público, por haber hecho oposición a todas las pretensiones de la demanda, como se desprende de la lectura del memorial mediante el cual recorrió su traslado y atiende a lo dispuesto en el artículo 365 numeral 1º del Código General de Proceso que así lo prevé para la parte vencida, bajo un criterio que el Alto Tribunal del ramo ha catalogado como objetivo.

En palabras de la Corte Suprema de Justicia, expuestas en un asunto de contornos similares, porque *"de la lectura de la disposición [artículo 365] refulge que esta condena se funda en un criterio netamente objetivo, como lo es resultar vencido en juicio, como efectivamente sucedió con Colpensiones, quien desde la réplica al gestor se opuso a la prosperidad de las rogativas” [CSJ, SL4238-2022].*

Por último, no será estudiada la solicitud de Colpensiones para que sea Protección S.A. quien asuma las prestaciones económicas a que tendría derecho la accionante en el RPM, como quiera que esa pretensión no fue incluida en la demanda, ni fue objeto de debate en el curso del proceso, por lo que cualquier pronunciamiento al respecto atenta contra el debido proceso y el derecho de defensa y contracción que le asiste a esa AFP.

En conclusión, como se había anunciado, se adicionará el fallo para declarar no probada la excepción de prescripción, se confirmará en

su integridad, pero por las razones expuestas en esta providencia. Y en virtud de lo previsto en el numeral 1º del artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas de esta instancia a Colfondos S.A., ante la improsperidad de su recurso, fijando como agencias en derecho, la suma equivalente a un (1) salario mínimo mensual legal vigente, en concordancia con lo reglado en el artículo QUINTO numeral 1º del Acuerdo 10554 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Pese a la improsperidad de recurso interpuesto por Colpensiones, en atención al grado jurisdiccional de consulta surtido en su favor, en esta instancia no habrá condena en costas.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de 26 de enero de 2024 proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bucaramanga, dentro del proceso ordinario laboral promovido por Martha Liliana Piscioti Pabón contra Colfondos S.A., Protección S.A. y Colpensiones, de conformidad con las razones disertadas en la parte motiva de esta providencia, el cual quedará así:

"UNICO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas".

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás, pero por las razones aquí esbozadas.

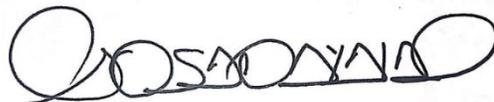
TERCERO: CONDENAR en costas en esta instancia a la recurrente Colfondos S.A. FIJAR como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) salario mínimo mensual legal vigente, para que sean incluidas en la liquidación de costas a practicar en la forma prevista en el artículo 366 del Código General del Proceso.

CUARTO: Por Secretaría, DEVOLVER el expediente al juzgado de origen y DAR salida al presente proceso en el aplicativo *JUSTICIA XXI WEB*.

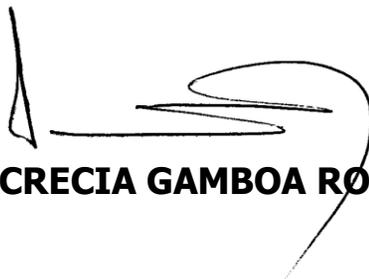
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ELVIA MARINA ACEVEDO GONZÁLEZ



SUSANA AYALA COLMENARES



LUCRECIA GAMBOA ROJAS