

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105023202200540-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	JORGE ENRIQUE MUNÉVAR ALONSO
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
VINCULADOS	- SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. - COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS
LLAMADA EN GARANTÍA	ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de enero de dos mil veinticinco (2025), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

El señor **Jorge Enrique Munévar Alonso** pretende se declare la ineficacia y/o la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM), al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), realizado a través de la AFP Porvenir S.A., por la omisión del deber de información; en consecuencia, se condene a esta a devolver a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual tales como, aportes obligatorios, voluntarios, bono pensional, comisiones de administración y rendimientos a que hubiere lugar; se ordene a Colpensiones reactivar su afiliación en el RPM, y actualizar su historia laboral; se condene a la AFP Porvenir al pago de los perjuicios morales y materiales sufridos por actuaciones u omisiones del mismo; se condene a las demandadas ultra y extra petita y a las costas del proceso.

Como hechos fundamento de las pretensiones señaló en síntesis, que nació el 13 de enero de 1962; que cotizó al RPM-ISS a partir del 19 de agosto de 1982; que un

asesor de la AFP Porvenir lo persuadió para que se trasladara al RAIS, pues el ISS iba a desaparecer y si no se afiliaba a un fondo privado iba a perder la pensión; que firmó el formulario de cambio de régimen con esa AFP, sin que el promotor de esta le informara: i) sobre las consecuencias, ventajas y desventajas que acarrearía ese cambio de régimen; ii) los requisitos que debía acreditar para pensionarse en el RAIS; iii) que dicho régimen era eminentemente de capitalización; iv) que podía retornar al RPM en determinadas fechas. Agregó que dicho asesor tampoco le realizó proyecciones pensionales, no le hizo un comparativo entre los dos regímenes pensionales a fin de identificar las diferencias, ni mucho menos tuvo en cuenta que este ya contaba con más de 600 semanas cotizadas en el RPM, que por el contrario, le hizo creer que ese régimen le era más beneficioso porque se podría pensionar de forma anticipada y con el monto que deseara.

Narró que, en la actualidad continúa cotizando a la AFP Porvenir, que cuenta con mas de 1.530 semanas al momento de presentación de esta acción.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 12, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor; que estuvo afiliado y realizó aportes a esa entidad; frente a los demás, indicó que no le constaban o que no eran ciertos. Como excepción previa propuso la de falta de reclamación administrativa artículo 6 del código de procedimiento laboral; como perentorias, presentó las de aplicación del precedente establecido en la sentencia CSJ SL373-2021, 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 innominada.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (archivo 13, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor; que se trasladó al RAIS y actualmente es su administradora de pensiones, y que a la fecha de presentación de la demanda contaba con 1.530 semanas; frente a los demás, indicó que no eran ciertos o que no le constaban. Formuló como excepciones de fondo las de, prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

En audiencia celebrada el 06 de octubre de 2023, se declaró no probada la excepción previa propuesta por Colpensiones. Posteriormente mediante auto del 27 de octubre de igual año, el A quo ordenó integrar el contradictorio con la AFP Protección y

la AFP Colfondos, en calidad de litisconsorcio necesario (archivo 27, carpeta 1ª inst. exp. digital), las que luego de notificadas, contestaron dentro del término.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó (archivo 30, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor; frente a los demás, indicó que no le constaban por ser hechos ajenos a esta. Formuló como excepciones de mérito, las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, la innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, falta del juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal y traslado de aportes a otra administradora de fondos de pensiones.

La AFP **COLFONDOS S.A.** contestó (archivo 33, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor; que actualmente cotiza para pensiones en la AFP Porvenir S.A; frente a los demás, indicó que no le constaba. Formuló como excepciones de mérito, las de inexistencia de la obligación, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, falta de legitimación en la causa por pasiva, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., compensación y pago, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, imposibilidad de la devolución gastos de administración y prima de seguro previsional, y la innominada o genérica.

Adicionalmente, solicitó el llamamiento en garantía a la aseguradora **ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.** (f.º 118-122 archivo 10, carpeta 1ª inst exp. digital), en virtud de los contratos de seguro previsional suscritos entre ambas entidades, cuyas vigencias fueron del 01/01/1994 al 31/12/1995, la que se prorrogó para los años 1996, 1997, 1998 y 1999. El que fue admitido por el Juzgado de origen (archivo 34, carpeta 1ª inst, exp. digital), y una vez notificada esa aseguradora, contestó la demanda señalando que se oponía a las pretensiones de esta y que no le constaba ningún hecho. Frente al llamamiento en garantía, expuso que en el hipotético caso que se llegare a declarar la ineficacia del traslado de régimen y se ordenara la devolución de aportes, el seguro previsional expedido por ellos no tenía esa cobertura, por cuanto únicamente cobijaba el pago de la suma adicional para completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez o sobreviviente.

Formuló como excepciones de mérito, las de: i) la indemnización plena de perjuicios está a cargo única y exclusivamente de las AFP que incumplieron el deber de información, de conformidad con lo preceptuado por la Corte Suprema de Justicia ii) afiliación libre y espontánea del señor Jorge Enrique Munévar Alonso al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; iii) error de derecho no vicia el consentimiento; iv) prohibición del traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida; v) el traslado entre administradoras del RAIS denota la voluntad del afiliado de permanecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad y consigo, se configura un acto de relacionamiento que presupone el conocimiento del funcionamiento de dicho régimen; vi) 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; vii) prescripción; viii) buena fe; y xi) la genérica o innominada (archivo 36, carpeta 1ª inst. exp. digital).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 27 de junio de 2024 (archivo 44 y 45, carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado del demandante JORGE ENRIQUE MUNÉVAR ALONSO al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., por ende SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a devolver o trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con relación a las afiliaciones del señor demandante a dicho fondo, esto entre el 24 de abril de 1996 hasta el 31 de diciembre de 1998 y del 01 de enero de 2000 al 31 de diciembre de 2000, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia que se está declarando, primero los conceptos de prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos administración, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

PARÁGRAFO: Se autoriza efectuar el descuento del dinero que transfirió a la AFP Colfondos y AFP Porvenir con ocasión a los traslados solicitados por el demandante 01 de enero de 1999 y 01 de abril de 2000, respectivamente.

TERCERO: CONDENAR a la COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido, con razón a la afiliación del demandante a dicho fondo, esto es del 01 de enero de 1999 hasta el 31 de diciembre de 1999, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora, sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, de la misma manera gastos administración y primas de

seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a recursos propios.

PARÁGRAFO: Se autoriza efectuar el descuento del dinero que transfirió a la AFP Protección, con ocasión al traslado solicitado por la demandante el 01 de enero de 2000.

CUARTO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante JORGE ENRIQUE MUNÉVAR ALONSO a dicho fondo, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia incluidos los gastos administración 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 recursos propios.

QUINTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir al señor JORGE ENRIQUE MUNÉVAR ALONSO, en el Régimen de Prima Media, como si nunca se hubiese retirado de dicho régimen y a corregir su historia laboral, conforme a las semanas efectivamente cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual

SEXTO: ABSOLVER a ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., de las pretensiones del llamamiento en garantía formulado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

SEPTIMO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

OCTAVO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a favor del demandante y a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a favor de ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A

Para **fundamentar su decisión** sostuvo que los afiliados al Sistema Pensional de Seguridad Social contaban con el derecho de escoger libremente el régimen al que deseaban pertenecer, conforme lo preceptuaba el literal e) del artículo 13 Ley 100 de 1993; que el artículo 1604 del Código Civil, consignaba que la prueba de la diligencia o cuidado incumbía al que ha debido emplearlo, de ahí que a las AFPs les correspondiera acreditar el cumplimiento del deber de información, pues eran ellas las llamadas a atender tal obligación.

Advirtió que, como pruebas documentales referentes a la afiliación del demandante al RPM y posterior traslado al RAIS, se encontraban el reporte de las semanas cotizadas expedido por Colpensiones, los formularios de afiliación al RAIS y de los posteriores traslados horizontales, la historia laboral consolidada y el certificado de SIAFP, de las cuales se establecía que el demandante estuvo afiliado al RPM desde 19/08/1982 hasta 30/11/1995; que seguidamente efectuó traslado al RAIS a través de la AFP Colmena con formulario firmado el 24 de abril de 1996, y que realizó tres traslados horizontales, uno a la AFP Colfondos el 30 de noviembre de 1998, otro en el cual retorno a Colmena el 26 de noviembre de 1999, y el último a la AFP Porvenir el 27 de noviembre del 2000, y allí permanecía a la fecha de la sentencia.

Resaltó que, en relación con la obligación de la debida asesoría a cargo de las AFPs, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha efectuado múltiples pronunciamientos en los que ha concluido que es deber de estas entidades brindar una información completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que conllevaría dejar el régimen anterior y las posibles consecuencias futuras; que la sentencia fundacional de esta línea jurisprudencial data del año 2008; que sus lineamientos se habían ratificado en sentencias más recientes como la SL1452-2019 y la SL2177-2022, de las cuales el Juez extrajo las siguientes subreglas: i) que las administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de brindar una información, completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que conllevaría dejar régimen anterior y las posibles consecuencias futuras; ii) que era procedente declarar la ineficacia del traslado con independencia de que el afiliado fuese beneficiario del régimen de transición. Agregó que con el fin de determinar si se había cumplido o no con el deber de información, debía analizar todo el material probatorio obrante en el expediente en atención a lo dispuesto en la sentencia CC SU-107 de 2024.

Expuso que, en el caso que nos ocupa no existía material probatorio suficiente para acreditar que al demandante se le hubiese suministrado la información necesaria y relevante al momento del cambio de régimen que en este caso se había dado con la AFP Colmena hoy Protección, ya que el simple formulario de afiliación como formato preimpreso no tenía la fuerza probatoria para dar por acreditado este, en el sentido de que allí no se consignó la información dada al suscriptor; y que del interrogatorio de parte rendido por el actor tampoco surgió confesión que demostrase lo antedicho. Sostuvo que de todo el recaudo probatorio, se concluía que la AFP que provocó el cambio de régimen pensional NO se ocupó de explicarle al promotor de esta acción las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Consideró que, en este asunto el hecho de que el demandante sea de profesión abogado no exoneraba a las AFP de cumplir con su deber de información al momento de la afiliación a cada una de éstas. En consecuencia, indicó que declararían ineficaz el traslado al RAIS realizado a través de la AFP Colmena hoy Protección, y los realizados con posterioridad.

Advirtió que, respecto de los efectos de la ineficacia se apartaba de lo ordenado en la sentencia CC SU-107 de 2024, y mantendría lo señalado en la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, primero porque esta un estaba vigente, y segundo porque existían normas *«como el Decreto 3995 de 2008 - artículo 7, inciso 3º- que establece claramente la devolución en caso de traslado entre AFPs del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión mínima, ese decreto está vigente, ese decreto no ha sido expulsado del ordenamiento jurídico y, por tanto, considera el despacho que debe aplicarse, y en esas*

circunstancias es que el despacho con todo respeto, reiteramos nuevamente, se aparta de esta posición de la Corte Constitucional y toma la posición de la Corte Suprema de Justicia, órgano de cierre de este operador judicial, en ese sentido, se fulminarán las condenas».

Refirió que, absolvería a la llamada en garantía de las pretensiones formuladas por la AFP Colfondos, porque una vez revisada la póliza se observó que solo cubría el pago de la suma adicional para completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez o sobreviviente, situación que no era la que se encontraba en discusión en este asunto.

RECURSO DE APELACIÓN

La AFP PROTECCIÓN S.A. interpuso recurso de apelación de manera parcial, en lo que tiene que ver con la condena a devolver a Colpensiones, los dineros que en su momento fueron descontados para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, gastos de administración, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, debidamente indexados.

Argumentó que, la sentencia SU-107 de 2024 es de obligatorio cumplimiento incluso para los jueces laborales de la jurisdicción ordinaria; que esta decisión estuvo antecedida de una serie de estudios técnicos, financieros y judiciales los cuales cimentaban esa decisión de unificación; que en este pronunciamiento la Corte Constitucional reconoció que en los traslados de régimen pensional existían elementos que se encontraban consolidados y materializados en el tiempo, como por ejemplo los conceptos apelados, pues estos se descontaron por ministerio de la Ley, y tenían una destinación específica que se cumplió durante la afiliación del actor a esa entidad.

Sostuvo que, ante la ficción jurídica de volver todo a su estado anterior, no podía ordenarse devolver los rendimientos financieros más los gastos de administración, pues si nunca existió la vinculación, tampoco los recursos o derechos que ella generó; luego tenía derecho a conservar los rendimientos.

Por último, recurrió la condena en costas, por considerar que el actor no realizó ningún esfuerzo ni procesal ni probatorio para lograr la declaratoria de la ineficacia, ello sumado a la naturaleza del proceso, y a lo decantado que esta el tema por las altas cortes; en consecuencia, indicó que no debió ser condenado en éstas.

La AFP PORVENIR S.A interpuso recurso de apelación con el fin de que se revoque la decisión de primera instancia, argumentando que, del material probatorio se podía extraer que el actor si tenía conocimiento del sistema pensional, en especial del

RAIS y de las consecuencias que traería su cambio de régimen pensional, *«no solo al afiliarse al régimen, sino al pertenecer a este durante más de 20 años y efectuar diferentes traslados horizontales»*, lo que desvirtuaba su ignorancia sobre el tema objeto de discusión, requisito necesario para declarar la ineficacia.

Indicó que, en caso de mantener la decisión de declarar la ineficacia del cambio de régimen, debía darse aplicación a la sentencia CC SU-107 de 2024, respecto a que solo debe devolver a Colpensiones los aportes junto con los rendimientos y el bono pensional en caso de ya haberse redimido, mas no los gastos de administración, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, y Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, debidamente indexados; pues considera que solo existe una línea jurisprudencial ya que la sentencia de unificación lo que hizo fue modular los efectos de la ineficacia, luego esta debía aplicarse con el fin de respetar el derecho a la igualdad.

La AFP COLFONDOS S.A. presentó recurso de apelación argumentando que en este caso el actor había ejercido su derecho de libre elección atendiendo lo consagrado en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y, por lo tanto, se debió entender que esa selección de régimen fue libre y sin ningún tipo de vicios que pudiese afectar su validez; que el personal del fondo de pensión sí suministró al demandante la información necesaria, y este tuvo a oportunidad de hacer preguntas, sumado a que las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales están consagrados en una ley que es pública y de fácil comprensión.

Sostuvo que, en este asunto lo que se evidencia era un caso de negligencia por parte del actor en sus obligaciones como consumidor financiero, en el sentido de que solo se preocupó de su futuro pensional cuando ya se encontraba inmerso en la prohibición legal de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003; que no se le puede imponer una responsabilidad a esa AFP por el hecho de haber aceptado la voluntad del actor de querer pertenecer a esa entidad, la cual quedó plasmada de forma explícita en el formulario de afiliación; que las normas que exigían la realización de proyecciones pensionales fueron expedidas en el año 2014, y el cambio de régimen del demandante ocurrió en 1996, por lo que no podía aplicarse esa normatividad de forma retroactiva a fin de acceder a las pretensiones de la demanda.

Solicitó que, se de aplicación a la sentencia CC SU-107 de 2024, con el fin de ser absuelta respecto de la condena de devolver a Colpensiones los gastos de administración, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, y Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, debidamente indexados.

Adujo que, la condena en costas a favor de Allianz carecía de fundamento toda vez que era aquella la responsable de la devolución de las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, pues fue quien recibió el pago de esos emolumentos.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver los recursos de apelación presentados por las AFP Protección, Porvenir y Colfondos, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si el traslado al régimen de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A. y posteriormente a otras AFPs es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por el promotor del litigio en el RAIS.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor Jorge Enrique Munévar Alonso nació el 13 de enero de 1962 (f.º 16, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital); **ii)** que se afilió al ISS donde aportó desde el 19 de agosto de 1982, al 31 de diciembre de 1995, un total de 340,14 semanas (f.º 209 y ss, archivo 12, carpeta 1ª inst. exp. digital); **iii)** que el **24 de abril de 1996** se trasladó al RAIS a través de la AFP Colmena hoy Protección (f.º 28 archivo 30 carpeta 1ª inst. exp. digital); y **iv)** que realizó varios traslados horizontales, así:

- El 30 de noviembre de 1998 suscribió formulario de afiliación con la AFP Colfondos (f.º 116 archivo 33, carpeta 1ª inst. exp. digital).
- El 26 de noviembre de 1999 suscribió formulario de afiliación con la AFP Colmena (f.º 30 archivo 30, carpeta 1ª inst. exp. digital).
- El 27 de noviembre del 2000 suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir S.A., con fecha de efectividad a partir del 01 de enero del 2001, donde permanece hasta la fecha (f.º 42 y ss, archivo 13 carpeta 1ª inst. exp. digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde

la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Asimismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que «*existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con*

una simple expresión genérica; **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, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP 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.

Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información

necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**24 de abril de 1996** -, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «libre y voluntariamente» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Colmena hoy Protección que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

De otra parte, resulta importante aludir a la sentencia **SU 107 de 2024**, que recientemente profirió la Corte Constitucional, en donde hizo algunas precisiones relacionadas con el deber de información en los casos en que se alega la ineficacia de traslado, señalando que en gran parte compartía los postulados de la alta Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, precisando puntualmente sobre el tema, lo siguiente:

318. *Dicho ello, la Sala Plena de esta Corte Constitucional comparte buena parte de lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia. El deber de información que debía prestarse a los afiliados, antes de que estos optaran por el nuevo régimen pensional, existía desde el mismo momento en que se creó el RAIS. Fue a partir de la Ley 100 de 1993 que las personas tuvieron la opción de escoger entre el régimen pensional hasta el momento conocido y el nuevo régimen pensional que entraba a competir por los afiliados y escoger implicaba, de suyo, conocer los alcances de tal decisión.*

319. *Es cierto que, como lo señaló Asofondos en su intervención ante esta Corte, las razones que pueden tomar en consideración las personas para afiliarse a un régimen pueden ser muchas y muy variadas (v. gr. consejos de sus amigos o de sus familiares).*

Sin embargo, lo que aquí se discute no es cuál fue el motivo que cada persona tuvo, en su fuero interno, para trasladarse. Lo que realmente interesa es definir si las personas fueron debidamente informadas o no, de acuerdo con el estándar que existía para la fecha del traslado, antes de adoptar una decisión que a la postre repercutiría en su derecho pensional. En este orden, el deber legal de las administradoras era simplemente informar y hacerlo de manera objetiva. Si luego de ello la persona voluntariamente resolvía trasladarse al RAIS, esa determinación gozará de plena validez, con independencia de que aquella les hubiere dado más importancia a las opiniones de terceros, que a la misma información suministrada por las AFP.

320. *También puede señalarse, como conclusión preliminar, que el deber de información fue modificándose y haciéndose más exigente con el tiempo. En esto, también hay una coincidencia con la Corte Suprema de Justicia. En efecto, de 1993 a 2009, se debía informar sobre las características esenciales del régimen al que la persona pretendía trasladarse.*

321. *También se coincide con la Corte Suprema de Justicia en el hecho de que no informar debidamente a los usuarios, conforme al estándar exigido por las normas vigentes al momento en que estos efectuaron su respectivo traslado, genera la ineficacia del mismo pues esa es la consecuencia jurídica que determina el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 a la práctica de obstruir (en este caso a través del ocultamiento de datos relevantes) el derecho a la libre elección entre regímenes.*

No obstante, indicó la Corte Constitucional que el precedente de la Corte Suprema de Justicia podía generar algunas dificultades frente al debate estrictamente probatorio, arguyendo la alta Corporación:

322. *Sin embargo, al tiempo que se acepta todo lo anterior, la Sala también encuentra razonables algunos de los argumentos expuestos por las autoridades públicas que han participado en este proceso judicial. Así, por una parte, en lo que tiene que ver con el debate estrictamente probatorio, el precedente de la Corte Suprema de Justicia puede generar algunas dificultades. En efecto, con fundamento en la normatividad existente sobre la materia, puede resultar altamente complejo para una AFP demostrar -en la actualidad y por medio de pruebas directas- que sí brindó información a una persona que se trasladó en el periodo comprendido entre 1993 y 2009. Y ello tiene que ver con que el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 establecía que: “[c]uando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido”.¹ (Subrayas fuera de texto).*

323. *En una inmensa mayoría de casos, las AFP solo cuentan en sus archivos con el formulario exigido en la norma trascrita, formulario que, sin embargo, y como lo ha resaltado la propia Corte Suprema de Justicia, no es tenido en consideración a efectos de establecer si la afiliación se dio, en efecto, con pleno conocimiento de causa.*

324. *Distinta es la situación que se presenta, al menos, desde la expedición del Decreto 2241 de 2010, pues, en su artículo 7 -parágrafo 2-, se dispuso de manera categórica que era obligación de las AFP guardar todos los documentos a través de los cuales se pudiese verificar que “el consumidor financiero recibió la información suficiente y la asesoría requerida y que, en consecuencia, entiende y acepta los efectos legales, así como los potenciales riesgos y beneficios de su [traslado]”. Este mandato se volvió a incluir en la Circular Externa 016 de 2016, expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia. Así, toda aquella documentación que dé cuenta de la información que se prestó a la persona afiliada en el traslado que este hizo luego del año 2010, debe encontrarse en poder de las administradoras. Estas deben cumplir con la obligación de custodia*

¹ Decreto 692 de 1994, Artículo 11, inciso 7.

documental, en el sentido expuesto por la jurisprudencia constitucional, debiendo guardar todos estos archivos y haciéndose responsables por su preservación.²

325. De cualquier modo, las dificultades probatorias que se advierten en esta clase de procesos, no deberían suplirse solo acudiendo a la figura de la inversión de la carga de la prueba. De hecho, debería promoverse 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, tal y como se señaló supra.

326. De otra parte, en lo referido al argumento de la presunta afectación de la garantía de la sostenibilidad financiera del sistema pensional, esta Corte advierte que aquella puede presentarse en alguna medida. Como se ha visto, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público ha sostenido que, de las 478.000 personas que ya no pueden trasladarse libremente entre regímenes porque están a 10 años o menos de adquirir la edad pensional, demandarían 223.306. Igualmente, el Ministerio señala que, en un 100%, las AFP perderían estas demandas. Ese Ministerio da por sentado que siempre que se demande se declarará la ineficacia del traslado entre regímenes. Esto, aunque puede ser relativo, debe llamar la atención de esta Corte.

Por consiguiente, la Corte Constitucional marcó las siguientes reglas de decisión:

327. Lo primero sea precisar tres cuestiones relevantes: (i) el alcance de esta decisión se circunscribe a los procesos judiciales donde se demanda la ineficacia de un traslado ocurrido entre 1993 y 2009, en tanto y en cuanto todas las personas que hacen parte de las tutelas que se revisan se trasladaron en dicho periodo; (ii) de las pruebas aportadas, las intervenciones realizadas en la audiencia y en el mismo precedente de la Sala de Casación Laboral se identificó que se hace referencia a la nulidad y a la ineficacia del traslado como si se tratara de figuras similares o iguales. Frente a este punto, se aclara que la tesis correcta es la de la ineficacia del traslado no siendo posible aplicar o hacer referencia a la nulidad del traslado, ya que ello, de por sí, llevaría a la anulación de la sentencia por cuanto no existe una norma legal que contemple una causal expresa de nulidad tal y como se vio en acápites previos (supra 220 y ss). Y, (iii) en los casos en los que se declare la ineficacia del traslado solo es posible ordenar el traslado de los recursos disponibles en la cuenta de ahorro individual, rendimientos y el bono pensional si ha sido efectivamente pagado, sin que sea factible ordenar el traslado de los valores pagados por las distintas primas, gastos de administración y porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima ni menos dichos valores de forma indexada (supra 298 y ss). (Subrayada y negrilla fuera del texto original).

328. Lo segundo que debe advertirse, es que con la flexibilización que se hace en esta Sentencia de unificación, sobre el precedente de la Corte Suprema de Justicia, se reconoce que la Constitución y la ley procesal no permiten imponer cargas probatorias imposibles de cumplir para ninguna de las partes (ni al afiliado, ni a la AFP). Para esta Corte es sumamente importante no despojar al juez de su papel de director del proceso, de su autonomía judicial para decretar y practicar todas las pruebas que sean necesarias, pertinentes y conducentes para analizar las pretensiones o las excepciones propuestas y de su facultad para, conforme a las reglas de la sana crítica, valorar las pruebas con el objeto de resolver los casos de ineficacia de traslados de los afiliados del RPM al RAIS. (Subrayada y negrilla fuera del texto original).

329. Por ello, en contraste con lo ordenado por la Corte Suprema de Justicia, se dispondrá que en los procesos donde se pretenda declarar la ineficacia de un traslado deberán tenerse en cuenta, de manera exclusiva, las reglas contenidas en la Constitución Política, en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y en el Código General del Proceso, que se refieren al debido proceso. Esto supone que el juez, debe actuar como director del proceso judicial, con la autonomía e independencia que le son propios y,

² Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-214 de 2004. "Los archivos, en contextos de complejidad sistémica como los son las sociedades contemporáneas, suponen no sólo la correcta organización de los documentos que se producen en el ejercicio estatal, sino que implican la posibilidad de ejercer derechos tan diversos como el acceso a la información y el goce efectivo de prestaciones sociales –entre otros-. Constituye además, uno de los pilares sobre los cuales se edifica el Estado de derecho en la modernidad: la posibilidad de ejercer control social, político y jurídico de las actuaciones que se desarrollan al interior de Administración pública. En la sistematización de la información, además, se manejan un saber y un poder específicos que, como tales, deben estar abiertos al conocimiento y debate públicos –dadas ciertas excepciones-."

dentro de las muchas actuaciones dirigidas a formar su convencimiento para decidir lo que en derecho corresponda, puede:

(i) *Analizar si el afiliado conocía las consecuencias que tendría al trasladarse al RAIS, en el periodo 1993-2009. De manera más precisa, el juez debe identificar si, en los términos del artículo 13, literal b, de la Ley 100 de 1993 y del artículo 97 -numeral 1- del Decreto 663 de 1993, los asesores de las AFP comunicaron sobre: a) los riesgos que se reconocen en el RAIS; a) las posibilidades de efectuar cotizaciones adicionales; c) las consecuencias que tendría el no reunir el capital mínimo exigido para pensionarse por vejez; d) la garantía de la pensión mínima; o, e) la devolución de saldos, etc.*

(ii) *Decretar, practicar y valorar en igualdad todas las pruebas que soliciten las partes que sean necesarias, pertinentes y conducentes para demostrar los hechos que sirven de causa a las pretensiones o las excepciones. En ese propósito, el juez debe procurar la obtención de todas las pruebas que requiera, acudiendo a las enlistadas en el artículo 161 del Código General del Proceso: “(...) la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes”, y a las demás que considere necesarias. De hecho, el artículo 51 del CPTSS dispone que en el proceso laboral “[s]on admisibles todos los medios de prueba establecidos en la ley”. Estas pruebas pueden ser solicitadas o aportadas por las partes, o pueden ser requeridas de manera oficiosa. La práctica de estas pruebas es importante si se asume que el objeto del proceso ordinario laboral es reconstruir los hechos ocurridos en el pasado para, en caso de comprobarse, acceder a las pretensiones o negarlas. La prueba, en tal sentido, tiene el propósito de desentrañar la verdad de lo ocurrido.*

(iii) *Valorar las pruebas decretadas y debidamente practicadas con su inmediación, de manera individual y en su conjunto con las demás, luego de lo cual puede determinar el grado de convicción que aquellas ofrecen sobre lo ocurrido.*

(iv) *En lo relativo a las pruebas documentales, el juez puede oficiar para que se aporte al expediente ordinario, por ejemplo, el formulario de afiliación. En ese formulario, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 692 de 1994 -artículo 11-, pueden encontrarse leyendas preimpresas en las que normalmente se señala “que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones”. Esta Corte entiende que esa sola prueba no demuestra, per se, el suministro de información y que, por tanto, no puede ser suficiente para absolver a las demandadas. En ello le halla razón a la Corte Suprema de Justicia. Con todo, en criterio de esta Corte, dicho formulario debe ser una prueba más en el expediente que deberá ser estudiado en su conjunto con las demás que se alleguen. Igualmente, en materia de documentos, los jueces pueden solicitar de oficio a la AFP la carpeta administrativa del accionante para establecer si de allí pueden extraerse elementos de juicio que permitan identificar si la persona fue informada o no.*

(v) *Ahora, si se asume que, en este tipo de procesos, como se ha dicho, es muy complejo acudir a pruebas directas (v. gr. los documentos), a partir de las cuales pueda sostenerse -más allá de toda duda- que la información realmente se entregó, corresponderá al juez acudir, por ejemplo, a los interrogatorios. En efecto, en los interrogatorios las partes y el juez pueden formular diversas preguntas sobre las circunstancias en que pudo -o no- prestarse la información que se echa de menos, esto en los términos dispuestos en los artículos 59 y 77 del CPTSS, y 198 del CGP.*

De conformidad con lo indicado en el artículo 59 del CPTSS, el juez puede “ordenar la comparecencia de las partes a las audiencias a fin de interrogarlas libremente sobre los hechos controvertidos”. En este ejercicio el juez puede, comunicando a las partes sobre las consecuencias de faltar a la verdad, pedirles que informen sobre las circunstancias en que se entregó la información, sobre las razones que los asesores de las AFP suministraron en ese momento y que motivaron el traslado final, sobre la forma en que se prestó asesoría (si se hizo en una reunión o de manera individual), etc. En este ejercicio podría, inclusive, obtenerse alguna confesión por parte del demandado o del demandante.

(vi) *Igualmente, los testimonios pueden ser fundamentales. Específicamente cuando se citan personas que pudieron atender la asesoría en un mismo espacio, y que por ello pudieron escuchar los argumentos presentados por los asesores de las AFP cuando conminaron a diversos ciudadanos a trasladarse al RAIS. Como lo dispone el artículo 221*

-numeral 3- del CGP, en este supuesto el juez puede exigir “al testigo que exponga la razón de la ciencia de su dicho, con explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho y de la forma como llegó a su conocimiento”. Luego de ello podrá valorar si lo dicho por el testigo puede tener mayor o menor valor probatorio.

(vii) A su turno, el juez puede tener en cuenta diversas pruebas indiciarias que, en cualquier caso, también deberán analizarse en conjunto con los demás elementos probatorios aportados, en los términos de los artículos 176 y 242 del CGP.

*(viii) Finalmente, el juez también podría, excepcionalmente, invertir la carga de la prueba, más no como único recurso. La inversión de la carga de la prueba **no puede ser una regla de obligatorio uso en este tipo de procesos** (como lo ordena la Corte Suprema de Justicia), pero, al mismo tiempo, tampoco puede ser prohibida. En efecto, no se debe usar esa posibilidad cuando con las pruebas debidamente aportadas, decretadas, practicadas y valoradas se logra demostrar los hechos que sirven de causa a las pretensiones de la demanda. Pero puede suceder que, en casos excepcionales, el juez esté ante un demandante que se encuentra en la imposibilidad de probar los hechos que le sirven de causa a sus pretensiones o en un proceso en el cual a pesar de los esfuerzos de las partes y de la facultad oficiosa desplegada por el juez no sea posible desentrañar por completo la verdad. (Subrayado fuera texto original, negrilla texto original).*

Como bien se desprende de la tesis planteada por la Corte Constitucional, en los casos de ineficacia de traslado ocurridos entre los años 1993 a 2009, al Juez le corresponde decretar y practicar las pruebas que sean necesarias, pertinentes y conducentes conforme a las reglas de la sana crítica y solo de manera excepcional debe acudir a la inversión de la carga de la prueba. Acotó igualmente, la sentencia citada, que el anterior criterio debe ser aplicado a los procesos ordinarios que se encuentran en curso, bien sea en primera o segunda instancia e incluso en sede casación y los que se susciten en sede de tutela, con el fin de no transgredir el principio de seguridad jurídica.

Siguiendo el anterior derrotero jurisprudencial, procede la Sala a revisar las actuaciones procesales surtidas en primera instancia a fin de poder determinar si en efecto la parte actora logró acreditar a través de los medios probatorios decretados y practicados, que la AFP Colmena hoy Protección S.A., no cumplió con su deber de información.

En el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP suscrito el **24 de abril del 1996**, el cual podría constituir un indicio de haber cumplido con esa obligación respecto del deber de información, no obstante, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse categóricamente que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras, sin que además se allegaran otros elementos de juicio que permitieran corroborar tal aspecto fáctico.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

En cuanto al interrogatorio de parte rendido por el actor, advierte la Sala que una vez escuchado el audio en su integridad se encontró que el señor Munévar Alonso, refirió que terminó las materias de la carrera de derecho en el año 2000, pero solo se graduó como abogado desde hace *«10 años»*, que laboró 23 años para la Rama Judicial en la jurisdicción ordinaria especialidad civil, que en 1996 él tomó posesión de un cargo en provisionalidad de un Juzgado, y le tocó ir a llevar los papeles a recursos humanos en el Edificio Hernando Morales en el piso 17, que allí haciendo la fila para entregar los documentos, lo abordó un asesor, quien le indicó que el ISS iba a desaparecer y que le convenía más pasarse a un fondo privado, que él le ayudaba a agilizar el trámite que iba a hacer en recursos humanos, que firmó el formulario mientras estaba en la fila, pero que no le explicaron nada acerca de las consecuencias de esa decisión; que habían asesores de todos los fondos captando afiliados; que esos asesores permanecían allí, que por eso cada vez que él iba a radicar documentos para vinculación -nombramiento en encargo- lo abordaban de nuevo, siempre bajo la misma metodología; que nunca le hablaron de las modalidades pensionales, ni de los requisitos exigidos en el RAIS para acceder a la pensión de vejez, o la pensión anticipada, ni de que podía hacer aportes voluntarios; que no retornó a Colpensiones porque nunca se interesó en eso, pues solo firmó los formularios y listo, para poder seguir trabajando. Que quiere regresar a Colpensiones porque la diferencia en la mesada pensional es muy grande.

De lo anterior, se evidencia que el actor solo refirió que el asesor de la AFP Colmena hoy Protección, lo abordó cuando él estaba haciendo la fila en recursos humanos para entregar la documentación necesaria para registrar la novedad de ingreso a la Rama Judicial, afirmando que el ISS iba a desaparecer y que él podía ayudarle a agilizar su trámite, sin darle más información; por ende, no se observa que la AFP que propició el cambio de régimen, le hubiesen dado una información adecuada, suficiente, clara, transparente y detallada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada modelo pensional, pues era su deber o su obligación dar a conocer toda la verdad objetiva de los dos regímenes, evitando

sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro, circunstancias que no se probaron en este asunto.

Y es que no puede perderse de vista que, el traslado de régimen reviste un aspecto fundamental y trascendental en la vida laboral de cualquier afiliado, por cuanto está de por medio el acceso a un derecho fundamental, como es el de la pensión de vejez, de tal suerte que lo mínimo que podría esperarse por parte de los fondos de pensiones, es que de esa importante decisión existan los registros documentales, fílmicos o de cualquier otra naturaleza probatoria que permitan corroborar que dio a conocer al futuro afiliado todos los pormenores, consecuencias e implicaciones que ese cambio de régimen significaba, así como las características de uno y otro régimen pensional, lo cual brilla por su ausencia en este caso.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, aspectos que fueron analizados por el *a quo* y por esta instancia judicial a la luz de las reglas de la sana crítica de que trata el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, apreciándose libremente los medios de convicción que fueron allegados al presente proceso y el interrogatorio de parte del que se ha hecho referencia, fundamentándose esta decisión bajo los elementos de juicio que más persuadieron a su credibilidad y que conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó la juez de primer grado, pues aunque para el momento en que se profirió la sentencia se apoyó en los fundamentos de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre la inversión de la carga de la prueba, lo cierto es que analizó en conjunto todas las pruebas arrimadas al plenario, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima**, en la sentencia SU 107 de 2024, sobre ese particular se sostuvo:

299. En relación con estas 25 modalidades de devolución, es menester aclarar que materialmente a pesar de que se declare la ineficacia del traslado no es posible retrotraer al afiliado al día previo al traslado. Así, tan solo es susceptible de traslado el ahorro de la cuenta individual, los rendimientos y si se ha pagado el valor de un bono pensional, pues no toda la cotización es apta de traslado toda vez que el aporte se desglosa entre otros, en primas de seguros, gastos de administración, el porcentaje para el fondo de garantía mínima. Incluso, tampoco sería posible devolver los aportes voluntarios realizados por el afiliado mientras estuvo en el RAIS y que implicaron beneficios tributarios a efectos de la declaración de renta, la compra de

acciones u otro tipo de inversiones, pues se trata de una serie de situaciones que consolidaron.³ (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

300. De acuerdo con la naturaleza de las primas de seguros y el riesgo que amparan hacen que mes a mes se pague el respectivo seguro para cubrir ya sea el riesgo de invalidez o de muerte. En la Sentencia SU-313 de 2020, la Corte recordó que en relación con la distribución de la cotización obligatoria que del 16% que la compone, la Administradora de Fondos Pensionales que corresponda deberá destinar un 11,5% a la cuenta individual del afiliado, un 1,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y un 3% al financiamiento de los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. Así entonces, la Corte explicó que la forma en la que se financia una pensión de invalidez en el RAIS, de acuerdo con el inciso primero del artículo 70 de la Ley 100 de 1993, así:

“6.3.3. El seguro previsional que contratan las administradoras del RAIS deberá, por mandato de la ley, ser colectivo. Esas AFP no podrán realizar este tipo de negocios jurídicos en beneficio de un solo individuo, sino en favor del conjunto de sus afiliados. Una vez se suscriba el contrato, el pago de la prima debe efectuarse de manera obligatoria toda vez que, si ello no ocurre y el siniestro se produce, le corresponderá al fondo responder por los perjuicios que se causen a la persona.

“Quien habrá de tomar la póliza, como se desprende de lo antedicho, será la AFP. Ello debe hacerse garantizando, en todo caso, una licitación pública que haga posible la libre concurrencia de las entidades que estén autorizadas para asegurar este tipo de riesgos. Ejercicio que deberá permitir la igualdad de acceso, de información, la objetividad en la selección, la periodicidad y la publicidad. Una vez seleccionada la sociedad que servirá a este propósito, se entenderá que aquella habrá de responder por la suma adicional que haga falta para completar el capital suficiente a fin de financiar (i) la pensión de invalidez, solo en caso de que lo contenido en la cuenta individual de la persona no sea suficiente para el mismo propósito –como ya se dijo– y (ii) la pensión de sobrevivientes, en circunstancias similares a la anterior.”⁴

301. En cuanto a los gastos de administración, si bien no se tiene un pronunciamiento expreso en pensiones, esta Corte ha expresado frente a los mismos gastos de administración en salud “que es legítimo desde el punto de vista constitucional que los particulares que participan en el sistema de salud sean recompensados por los gastos de administración en los que incurren y perciban una utilidad razonable, pero que la consecución de esa retribución no puede afectar el derecho fundamental de los usuarios a un servicio de calidad, oportuno y eficiente. Tal interpretación es acorde con la protección de la libertad de empresa y del derecho de propiedad de las EPS.”⁵ Ahora es de resaltar, que esta utilidad por la administración en pensiones tiene un impacto incluso para determinar a qué fondo pertenece un afiliado. Por ejemplo, en la Sentencia T-266 de 2023 la Corte amparó los derechos de una afiliada a la que Colpensiones le negó el traslado por considerar que no se encontraba en su aplicativo de traslados. En esta ocasión, la Sala Segunda de Revisión concluyó que operó la figura de la afiliación tácita: “(i) por la actitud que tuvo la administradora al aceptar, sin reparos, el traslado de la actora; (ii) porque (la entidad accionada) ha recibido sus aportes hasta la actualidad y durante un lapso prolongado; y (iii) porque cuando se solicitó el traslado de régimen, solo se había trasgredido la prohibición del artículo citado en este párrafo por dos meses... (la entidad accionada) vulneró los derechos fundamentales al debido proceso administrativo y a la seguridad social de la (accionante) cuando negó el reconocimiento de una pensión de vejez bajo el argumento de que el traslado hecho hacia el RPM era nulo.” (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

[...]

303. En suma, 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**

³ Los aportes voluntarios a fondos de pensiones obligatorias están permitidos solo para los afiliados al RAIS, y se tienen como un ingreso no constitutivo de renta ni ganancia ocasional de hasta el 25% del ingreso laboral anual o de la cédula general, porcentaje que no podrá ser superior en todo caso a 2.500 UVT.

⁴ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia SU-313 de 2020.

⁵ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-262 de 2013.

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. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

[...]

305. Desde la perspectiva constitucional, derivada del Acto Legislativo 01 de 2005, sobre el anterior argumento habría que reiterar dos cuestiones. **La primera**, es que, como ya se ha sugerido, **la afectación a la sostenibilidad financiera del RPM no está dada en el corto plazo, sino en el mediano y largo. En efecto, nunca el valor que la AFP traslada a Colpensiones por razón de la declaratoria de la ineficacia de un traslado (así se incluyan valores como el porcentaje destinado a gastos de administración, el pago de primas o los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, entre otros) será suficiente para financiar una prestación en el RPM. Y no lo será porque el RPM tendrá que financiar el subsidio a pensiones con altos ingresos en su base de cotización. Y la financiación será más elevada en la medida en que el monto de la mesada crezca.** (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

306. **La segunda**, es que la argumentación de la Corte Suprema de Justicia pasa por alto la regla que limita los traslados entre regímenes, impidiendo que estos se lleven a cabo si al afiliado le restan 10 años o menos para cumplir la edad de pensión. Esa regla tiene un fundamento técnico y financiero, dirigido precisamente a proteger la sostenibilidad financiera del sistema. En efecto, la regla de los 10 años ha procurado garantizar una adecuada responsabilidad fiscal en el manejo de los recursos del RPM.

307. La posición de la Corte Suprema de Justicia es que, si el traslado de un ciudadano hacia el RAIS se declara ineficaz, entonces habrá de asumirse que este ciudadano jamás salió del RPM. Pero, lo que sostiene esta Corporación, es que no es lo mismo haber estado siempre vinculado al RPM, que pasar a dicho régimen a último momento por cuenta de la declaratoria judicial de la ineficacia de un traslado.

308. En efecto, la persona que siempre estuvo afiliada al RPM contribuyó, con sus aportes, al pago de las pensiones en ese mismo régimen, dado que dicho fondo es común, solidario y de naturaleza pública. Si todas las personas que hoy se devuelven al RPM por cuenta de la declaratoria de la ineficacia de su traslado siempre hubiesen estado afiliadas -verdaderamente- a dicho régimen, este habría contado con más recursos para financiar sus pensiones y, en consecuencia, se habría acudido en menor proporción al presupuesto general de la Nación para completar el pago de pensiones. Esto supone, a su turno, que una buena parte del dinero que del presupuesto se destinó para el pago de pensiones en el RPM, pudo utilizarse en otras materias que resultaran importantes para el Estado y que hicieran parte del gasto público social.

[...]

312. **En suma, la tesis de la Corte Suprema de Justicia, según la cual, la declaratoria de la ineficacia no afecta la sostenibilidad financiera del RPM porque los aportes recibidos por el RAIS deben ser devueltos, comporta algunas complejidades. Esto por tres razones: (i) porque desconoce que el valor de los aportes devueltos es, de ordinario, insuficiente para financiar una mesada con un IBC elevado; (ii) porque desconoce las importantes razones, de orden técnico y financiero, que tuvo el legislador para imponer el límite de los 10 años a los traslados entre regímenes y, (iii) por más que se declare que por conducto de la ineficacia el tiempo se devuelve al día del traslado ello es materialmente imposible, pues el afiliado en el RAIS durante muchos años o incluso décadas se benefició de la administración de su pensión, su capital obtuvo rendimientos, pudo hacer aportes voluntarios, se pagaron primas para los riesgos de invalidez y muerte, entre otras situaciones consolidadas.** (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

313. Además, sería muy importante recalcar en este punto que la protección de la sostenibilidad financiera es vinculante para todas las ramas y órganos que integran el Poder Público. De hecho, es muy dicente que el legislador, en el proyecto de ley No. 293 de 2023 Senado “Por medio de la cual se establece el Sistema de Protección Social Integral para la Vejez, Invalidez y Muerte de origen común, y se dictan otras disposiciones”, haya tenido la precaución de salvaguardar dicha sostenibilidad financiera.

En efecto, el Gobierno Nacional, así como el Congreso de la República, han procurado respetar la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social a efectos de que el proyecto de reforma pensional no suponga un menoscabo a las finanzas de la Nación. Sobre dicho proyecto, como puede advertirse en la Gaceta del Congreso No. 1435 del 9 de octubre de 2023, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público conceptuó que:

“(…) la implementación de la propuesta de reforma, consistente con las disposiciones del articulado de ponencia propuesto para segundo debate, implicaría un impacto fiscal neto que se acoge a las posibilidades financieras de la Nación en el marco de las restricciones fiscales actuales y proyectadas. Todas las consideraciones incluidas son fiscalmente factibles manteniendo la sostenibilidad del sistema de protección a la vejez de las finanzas públicas en el largo plazo, de modo que pueden incorporarse en la planeación financiera del Gobierno nacional en línea con las restricciones presentadas por el Marco Fiscal de Mediano Plazo (MFMP), el Marco de Gasto de Mediano Plazo (MGMP) y el estricto cumplimiento de la regla fiscal”.⁶

314. *Esta Corte ha sido enfática en que el deber de respetar la sostenibilidad financiera del régimen pensional no es una obligación exclusiva del legislador, toda vez que los jueces de la República también están vinculados por ese principio. Al respecto, en la Sentencia SU-063 de 2023, esta Corte sostuvo que “[e]l inciso séptimo del artículo 48 de la Constitución, adicionado por el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, le impuso al Estado el deber de garantizar “la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional”. La Corte Constitucional ha reconocido en varias ocasiones que este principio es cardinal en la citada reforma, por lo que tiene naturaleza de principio constitucional específico del sistema de seguridad social, que debe ser consultado en todas las medidas de dirección y control de este sistema y contiene un mandato hermenéutico para los operadores judiciales (...).”⁷*

En atención a este nuevo criterio doctrinal, relativo a que NO resulta dable la devolución de gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, en virtud a que afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, el cual acoge esta Sala por tratarse de sentencia de unificación con efectos *inter pares*, como expresamente se indicó en la parte resolutive de la referida providencia, razón por la cual esta Sala de Decisión rectificará su criterio, para en su lugar disponer que, no hay lugar a la devolución por gastos de administración, sumas destinadas a la garantía de pensión mínima, prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia debidamente indexados, ordenándose únicamente trasladar los aportes junto con los rendimientos y si se ha pagado bono pensional; en consecuencia, se revocará la decisión de primer grado en este puntual aspecto.

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

⁶ Gaceta del Congreso No. 1435 del 9 de octubre de 2023. P. 12.

⁷ Cfr., Corte Constitucional. Sentencia SU-063 de 2023.

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA APELACIÓN PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A.

En cuanto a la condena en costas a Porvenir S.A., en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas la parte vencida en el proceso, luego al resultar dicha entidad vencida en juicio, además de haber presentado oposición a las pretensiones de la demanda, es natural que sea condenada en costas.

Respecto de la condena en costas a Colfondos S.A. y a favor de Allianz Seguros de Vida S.A., se advierte que la misma también es procedente en virtud del numeral 1° del artículo 365 del CGP que fijó que a quien se le resuelva desfavorablemente sus pretensiones será condenado en costas, situación que ocurrió como quiera que el llamamiento en garantía no prosperó.

Por otro lado, resulta también pertinente indicar que, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que las costas no son consecuencia de un proceder determinado de las partes, de allí que no interese para su imposición que se haya actuado de buena o mala fe, diligente o negligentemente. Ello por cuanto actuar con probidad y sensatez es un deber que se le exige a toda persona que acude a la justicia a reclamar un derecho, de allí que las costas derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago (CSJ SL4123-2019).

COSTAS

Sin costas en esta instancia como quiera que los recursos de alzada prosperaron, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente los ordinales segundo, tercero y cuarto de la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ABSOLVER** a la AFP Protección S.A. , a la AFP Colfondos y a

la AFP Porvenir, de devolver a Colpensiones los valores correspondientes a gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

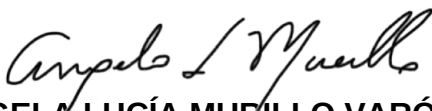
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada