



República de Colombia
Tribunal Superior Del Distrito
Judicial de Valledupar
Sala Quinta de Decisión Civil – Familia – Laboral

OLGA LUCÍA RAMÍREZ
Magistrada Ponente

Radicación n.º 20001310500220230032101

Proceso Ordinario Laboral

Demandante: **ERLINDA SARQUIS MATTA**

Demandados: **COLFONDOS S.A, PORVENIR S.A, COLPENSIONES.**

Llamada en garantía **ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A**

Trámite: Recurso de apelación sentencia y grado jurisdiccional de consulta.

Valledupar, doce (12) de marzo de dos mil veinticinco (2025).

(Aprobado y discutido en sesión ordinaria de 26 de febrero de 2025, acta n° 5)

De conformidad con lo dispuesto en la Ley 2213 de 2022, resuelve la Sala el recurso de apelación formulado por Colfondos S.A, Porvenir S.A, Colpensiones y la llamada en garantía Allianz Seguros de Vida S.A. en contra de la sentencia proferida el 31 de mayo de 2024 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad. Asimismo, se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, dentro del proceso ordinario laboral que **ERLINDA SARQUIS MATTA** promovió contra **COLFONDOS S.A, PORVENIR S.A, COLPENSIONES** y la llamada en garantía **ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A**

I.ANTECEDENTES

Erlinda Sarquis Matta demandó a las Administradoras de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A y Colfondos S. A. y a la Administradora

Colombiana de Pensiones (Colpensiones) (RPM) con el propósito de que se declarara: i) la nulidad del traslado que realizó el **16 de junio de 1994** desde el RPM al RAIS administrado por la AFP «*Colpatria Pensiones*» hoy Porvenir S.A., ii) la nulidad del traslado que realizó entre los fondos privados Colpatria y Colfondos el **24 de agosto de 1998**, iii) que al momento de tales traslados «*los agentes o promotores*» de los fondos «*nunca le proporcionaron una información completa y comprensible sobre las consecuencias negativas de su traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual*» iv) que la declaratoria de nulidad tenía como consecuencia su retorno automático al Régimen de Prima Media, hoy administrado por Colpensiones v) que la única afiliación válida era la realizada ante el ISS hoy Colpensiones vi) y, que Colfondos donde se encuentra afiliada actualmente afiliada «*debe devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación indebida, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora*». Con todos sus frutos e intereses como lo disponía el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

En sustento de sus pretensiones afirmó que nació el 27 de febrero de 1967; que se afilió al RPM administrado por el ISS hoy Colpensiones y el 16 de junio de 1994 se trasladó al RAIS administrado por Colpatria Pensiones hoy Porvenir Pensiones y Cesantías, oportunidad en la cual aseguró «*firmó el formulario de traslado, entregado por el asesor de COLPATRIA PENSIONES S.A hoy PORVENIR S.A., ya que se le había informado que dicho fondo privado ofrecía iguales condiciones pensionales que las que brindaba para ese momento el Instituto del Seguro Social*», sin que dicho fondo le brindara «*información documentada sobre las consecuencias negativas de trasladarse al régimen de prima media con*

prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad», dado que no se le informó ni estimó el monto de capital que debía ahorrar en su cuenta de ahorro individual para acceder a su pensión de vejez, pues de haber sido así, jamás hubiera optado por trasladarse a ese régimen.

Aseguró que ni Colpatria ni Colfondos a donde se trasladó el 24 de agosto de 1998 y se encuentra actualmente afiliada, le informaron los pormenores del traslado de régimen pensional ni la oportunidad legal que tenía para retornar al ISS hoy Colpensiones. En suma, que ninguno de los fondos privados, a pesar de la obligación que tenían, le explicaron las ventajas y desventajas de su traslado de régimen pensional respecto a los dos regímenes pensionales existentes, para poder tomar la decisión de permanecer en el régimen privado o trasladarse al régimen de prima media en su oportunidad legal.

Expuso que, en febrero de 2023, solicitó a Colfondos información acerca de los requisitos para acceder a la pensión, afirmando que hasta entonces entendió las condiciones reconocimiento y liquidación de la pensión que le afectaban gravemente, puesto que siempre *«tuvo una expectativa de pensión acorde con sus cotizaciones»*.

Indicó que, el 5 de junio de 2023 solicitó a la AFP Porvenir S.A., la nulidad e ineficacia del acta de afiliación a ese fondo *al «no haber existido información suficiente y entendible sobre el traslado»* y, consecuente, retorno a Colpensiones; empero, dicho fondo le informó que la solicitud de afiliación el 16/06/1994 era válida, por el hecho de firmado el formulario de forma libre y espontánea y sin presiones en la escogencia del régimen pensional RAIS, como se evidenciaba en el referido documento y que, en todo caso, contó con 5 días hábiles para desistir del

traslado, pero no lo hizo, por lo que no podía pretender invalidar su traslado dado que este fue válido y, que desde el 9/09/1998 se encontraba afiliada a la AFP Colfondos S.A.

Aseveró que, el 4 de mayo de 2024 pidió a Colfondos que tuviera como única afiliación válida la efectuada ante Colpensiones, y la AFP le respondió que al momento de suscribir su vinculación a dicho fondo aceptó las condiciones propias de ese «*producto*» de manera libre y voluntaria; que acorde con lo dispuesto en el Decreto 38001 ningún afiliado podía trasladarse de régimen cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad exigida en el régimen de prima media y, en su caso, contaba con 56 años.

Además, que no cumplía el primer requisito previsto en la Sentencia C-1024 modificada y regulada posteriormente por la sentencia SU 062 en la que se determinó las condiciones bajo las cuales las administradoras de pensiones podían acceder a trasladar los recursos.

Aseguro que, el 24 de agosto de 2023 elevó a Colpensiones petición en similar sentido de la que elevó a Colfondos; sin embargo, no recibió respuesta alguna por parte de esa entidad de seguridad social.

En síntesis, que el traslado debe declararse «*nulo o ineficaz*», en observancia de la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia asentada entre otras en las sentencias CSJSL 4964 -2018; CSJSL037-2019 y CSSL1452-2019, toda vez que las convocadas no cumplieron con el deber de información necesario, de manera que firmó los formularios de afiliación sin pensar que esa decisión tuviera algún efecto negativo en su expectativa de pensión, pues nunca le dieron

información sobre «*el monto de la pensión o proyección de la misma*»; la diferencia en el pago de los aportes que se realizan en dicho fondo, y los efectuados al ISS hoy Colpensiones; los requisitos básicos de la pensión que exige el sistema, es decir, en lo que se refiere al cumplimiento de la edad mínima requerida o el monto aportado o ahorrado y, la proyección de la mesada pensional que se reconoce en el RPM y en el RAIS al momento que cumpliera la edad mínima requerida;

II. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

En auto de 17 de octubre de 2023 la demanda fue inadmitida; sin embargo; una vez subsanada, en proveído de 29 de noviembre de la misma anualidad, el a *quo* avocó conocimiento y ordenó la notificación de las convocadas.

Colpensiones¹, se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda. Aceptó los hechos 1, 2 y 14 relacionados con la fecha de nacimiento y afiliación a ese fondo y, la respuesta negativa frente a la solicitud de nulidad del traslado al RAIS. Formuló como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho reclamado y de la obligación, cobro de lo no debido; buena fe; prescripción; falta de causa para demandar y la genérica o innominada.

En su defensa adujo que la demandante cotizó a dicha entidad de seguridad social desde marzo de 1990 y a la fecha de entrar en vigor la Ley 100 de 1993, contaba con menos de 750 semanas, por lo que no tenía posibilidad de acceder al régimen de transición dispuesto en el artículo 36

¹ Ver archivo 33ContestacionColpensiones.pdf del C01

de la Ley 100 de 1993. De otra parte, expuso que la negativa de esa entidad de acceder al traslado cuando se encontraba a menos de 10 años para acceder a la edad mínima de causación, tenía respaldo en la Ley 797 de 2003, y en el caso de marras, era necesario traer a colación, lo manifestado por la Corte Constitucional en las sentencias SU 062-2010, C 1024-2004 y C625- 2007 donde estudió la exequibilidad del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que estableció la imposibilidad de que los afiliados pudieran cambiarse de régimen de pensiones en esas condiciones, cuyo fundamento fue garantizar los principios de estabilidad financiera del sistema general de pensiones, la solidaridad y equidad de los demás afiliados.

Aunado, esgrimió que a la fecha del traslado de la demandante --16 de junio de 1994--, no se había establecido el compromiso de la doble asesoría por parte de Colpensiones, como fondo anterior, pues dicha obligación surgió con la Ley 1328 de 2009 en cuyo artículo 3, estableció la asesoría y el buen consejo al asegurado acerca de lo que más le conviene, por lo que, ante la irretroactividad de la norma, no se podía hablar de incumplimiento de obligaciones por parte de ese fondo, tampoco predicar mala fe, ya que fue solo hasta la Ley 1748 de 2014 que se estableció la obligación de la doble asesoría (de parte de ambos regímenes pensionales) como requisito para proceder al traslado.

La **Administradora de Fondos y Pensiones Porvenir S.A.**² se opuso a la totalidad de las pretensiones. Aceptó los hechos 1º y 17 relacionados con la edad de la demandante y la solicitud de traslado elevada. En cuanto a los demás aseveró «*NO ES CIERTO*» o «*NO ME COSTA*». Propuso como

² Ver archivo 48ContestacionPorvenir.pdf del C01

excepciones de mérito las siguientes: buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado; aceptación tácita de las condiciones del RAIS; prescripción; compensación e imposibilidad de condena en costas.

En su defensa informó que en efecto el traslado inicial desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) administrado por Colpensiones lo efectuó la actora en el año 1994 a la AFP Colpatria, hoy Porvenir S.A de *«manera libre, espontánea y sin presiones, luego de haber recibido asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión, tal como lo hace constar al imponer su firma en el formulario de afiliación»* el cual *«se presume auténtico en los términos del artículo 114 de la ley 100 de 1993, los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el parágrafo 54 del CPT.*

Aseguró que siempre le garantizó el derecho de retracto a la parte demandante y, pese a ello, ratificó su decisión e intención de permanecer en el RAIS y pensionarse bajo las reglas propias que gobiernan dicho régimen donde permaneció por espacio de 29 años.

Afirmó que ha cumplido con las obligaciones a su cargo, con una adecuada administración de los aportes pensionales, generando durante su permanencia rentabilidad, así como la cobertura de los riesgos de vejez, invalidez y muerte, estos dos últimos amparados por la póliza de seguro previsional contratada con Seguros de Vida Alfa S.A, precisando que, sí la consecuencia de la declaratoria de ineficacia era que la parte demandante nunca estuvo afiliado al RAIS, los rendimientos que debería girar la AFP serían los rendimientos que dichos aportes hubieran generado como si

siempre hubiera estado en el régimen de prima media, sin que procediera la devolución de la prima de seguro provisional en consideración de que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, ni tampoco la comisión de administración.

Ahora, que sí consideraba que se *«debía restituir en su totalidad los rendimientos generados durante su permanencia en el RAIS, también entonces debía autorizarse a Porvenir S.A. «a descontar de tal concepto las restituciones mutuas conforme lo indica el artículo 1746 del Código Civil, pues sin importar la causa que haya dado origen a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación al RAIS».*

Explicó que, para la fecha en la que se produjo la afiliación de la parte demandante al Fondo de Pensiones Porvenir S.A., no existía la obligación de entregar cálculos o proyecciones acerca de su futuro pensional, dado que esta solo surgió a partir de la publicación de la Ley 1748 de 2014

Formuló las excepciones de buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS, prescripción, compensación, imposibilidad de condena en costas y la genérica.

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A**

³ se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó los hechos 1, 16 y

³ Ver archivos 40 y 41ContestacionColfondos.pdf del C01

18. Frente a los demás manifestó «*NO NOS CONSTA*» o «*NO ES CIERTO*». Afirmó que Erlinda Sarquis Matta el 24 de agosto de 1998, suscribió de manera libre, consciente y voluntaria el traslado a ese fondo y que su cuenta individual se encontraba activa. Explicó que el traslado se dio sin ningún vicio del consentimiento, toda vez que, se hizo en observancia del Decreto 692 de 1994, por lo tanto, gozaba de total validez, máxime que, al vincularse con dicha AFP «*ya conocía todas y cada una de las características, ventajas y desventajas del RAIS*» dado que con posterioridad estuvo cotizando en la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A.

De otra parte, aseveró que no era beneficiaria del régimen de transición y tampoco cumplía los requisitos de ley, para acceder a su retorno al RPMPD de conformidad a lo establecido en la norma (Artículo 2 Ley 797 del 2003, modificado por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993). Tampoco era beneficiaria del régimen de transición en tanto que no contaba al 1º de abril de 1994 con 750 semanas cotizadas o 15 años, pues solo alcanzó 219 semanas.

Por último, expuso que la actora desde el año 1994 que se trasladó del RPMPD al RAIS donde ha permanecido afiliada ininterrumpidamente a través de la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A, y posteriormente, COLFONDOS S.A. destacando que cada uno de los actos de relacionamiento, acreditados con los traslados horizontales realizados por la demandante, demostraban su deseo de permanecer y estar conforme en el RAIS.

Como excepciones de fondo propuso la de prescripción; firmeza del consentimiento de la afiliación al RAIS- actos de relacionamiento; inexistencia de la obligación; buena fe de Colfondos S.A; ausencia de vicios

del consentimiento; compensación; «*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; 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*»: enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas y la genérica.

Por otra parte, formuló llamamiento en garantía en contra de Allianz Seguros de Vida, el cual fue admitido por auto del 12 de marzo de 2022⁴ y notificada el 23 de abril de 2024.

La **aseguradora Allianz Seguros de Vida**⁵, se opuso a las pretensiones de la demanda y las del llamamiento en garantía. En cuanto a los hechos de esta manifestó «*NO ME CONSTA*». En su defensa, adujo que las pretensiones de la demanda no tenían relación alguna con los amparos concertados en las pólizas previsionales de Invalidez y sobrevivencia comoquiera que la única y exclusiva obligación condicional consistía en realizar el pago de la suma adicional requerida para completar el capital necesario para el reconocimiento de las pensiones de invalidez y sobrevivencia. De manera que, la devolución del pago de las primas del seguro, la indexación e intereses moratorios no constituyen un siniestro que se pueda amparar por medio de un contrato de seguro.

Sostuvo que de ninguna manera podía endilgarse pagos en cabeza de esa aseguradora, dado que concertó la Póliza de Seguro de invalidez y

⁴ Ver archivo 45AdmiteContestacionyLlamamientoEnGarantia.pdf y 54AdmiteContestacionFijaFceha del C01

⁵ Ver archivos 53ConestacionAllianzs.pdf del C01

sobrevivencia no.02090000001 con la AFP Colfondos S.A., con la obligación condicional de pagar, eventualmente, la suma adicional que se requería para completar el capital necesario para financiar el monto de la pensión de invalidez o sobrevivencia, sujetándose a la vigencia y a las condiciones del amparo que determinan el alcance y ámbito de aplicación de dichos contratos seguro.

En segundo lugar, como quiera que la pretensión no se direccionaba al reconocimiento y pago de prestaciones cubiertas en las pólizas de seguro previsional, sino a que se declarara la ineficacia del traslado de régimen efectuado por la parte actora, no existía posibilidad de imponer condenas por los conceptos aludidos en la demanda, pues NO hacían parte de los amparos otorgados en la póliza de seguro previsional aludido.

Y en tercer lugar, en calidad de aseguradora previsional devengó la prima proporcional al tiempo corrido del riesgo como contraprestación por el hecho de asumir el amparo de la suma adicional que se requirió para completar el capital necesario correspondiente al afiliado que fue declarado inválido por un dictamen en firme o que falleció y generó una pensión de sobrevivientes y, que tales eventos hayan sido consecuencia del riesgo común y ocurridos dentro de la vigencia de la póliza, esto es, del 02/05/1994 al 31/12/2000.

En suma, que en su calidad de aseguradora previsional, no tenía relación directa con las pretensiones incoadas en la demanda, toda vez que la administración de los aportes efectuados por los afiliados del Sistema General de Pensiones le correspondía única y exclusivamente a las Administradoras de Fondos de Pensiones en el RAIS y a Colpensiones

en el RPM de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley 100 de 1993.

Propuso como excepciones la afiliación libre y espontánea de la asegurada Erlinda Sarquis Matta al régimen de ahorro individual con solidaridad; el error de derecho no vicia el consentimiento; prohibición del traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida; el traslado entre administradoras del RAIS denota la voluntad de la afiliada 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; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación y/o traslado por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; prescripción; buena fe y la genérica o innominada.

II. SENTENCIA RECURRIDA

Surtido el trámite de rigor, mediante sentencia dictada el 31 de mayo de 2024, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional que la demandante ERLINDA SARQUIS MATTA realizó el día 16 de junio de 1994 hoy la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A y como consecuencia de ello se entiende que para todos los efectos legales la demandante nunca se trasladó a RAIS según lo expuesto en la parte motiva en esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES el capital acumulado en la cuenta ahorro

individual de la actora los rendimientos y bonos pensionales a que haya lugar, así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el fondo garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargos de sus propias utilidades debidamente indexados conforme a lo expuesto en la parte motiva en esta sentencia.

TERCERO: *CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que reactive la afiliación de la demandante la señora ERLINDA SARQUIS MATTA y reciba por parte de la de fondo pensiones y cesantías COLFONDOS S.A la totalidad de lo ahorrado por dicha demandante en su cuenta de ahorro individual junto a todos sus rendimientos.*

CUARTO: *ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS Y CESANTIAS COLFONDOS S.A a trasladar a la ADMINSTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES los valores correspondientes a los gastos de administración y comisiones debidamente indexados con cargo de sus propias utilidades del tiempo en el que estuvo afiliada la demandante a dicho fondo.*

QUINTO: *ABSOLVER a la llamada en garantía ALLIANZ SEGUROS S.A de las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.*

SEXTO: *DECLARAR NO PROBADAS, las excepciones perentorias formuladas por las demandadas COLPENSIONES, COLFONDOS. Y PORVENIR S.A.*

SEPTIMO: *CONDENAR en costas a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDO PENSIONES PORVENIR S.A para tales efectos se señala agencias en derecho en la suma de 3 Salarios Mínimos Mensuales Vigentes.*

OCTAVO: *En caso de no ser apelada esta sentencia, por ser COLPENSIONES una de las condenadas y tratarse de una entidad pública, se ordena su consulta ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, Sala Civil-Familia-Laboral.*

El *a quo* adoptó dicha determinación a partir de los problemas jurídicos que fijó en determinar si era viable **declarar la nulidad** del traslado de régimen pensional realizado por Herlinda Sarki Mata del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por Colpensiones al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado hoy por Colpatria hoy Porvenir S.A. y a su vez de esta última AFP a Colfondos. Y en caso positivo si había lugar, a condenar al fondo privado a trasladar a Colpensiones lo ahorrado por la actora en su cuenta individual, junto con

los bonos pensionales, rendimientos y demás sumas recaudadas y a Colpensiones, a recibir tales rubros.

En desarrollo de tales planteamientos, preliminarmente, se refirió a los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993 relativos a libre y voluntaria escogencia del régimen pensional, esto es, el RAIS o RPM.

Seguidamente, se refirió a lo adoctrinado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en las sentencias CSJSL 31314 –2008, CSJSL19447-2017; CSJSL 4964-2018; CSJ1452-2019; CSJ4373-2020 y CSJSL4811-2020, donde se estableció el deber de información de las administradoras, pues ante tal omisión generaba la ineficacia del traslado, haciendo especial énfasis en los argumentos que esbozó la alta corporación en la sentencia CSJSL1688-2019, en la que se indicó que desde la creación de las AFP tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudieran adoptar una decisión consciente y libre sobre su futuro pensional, obligación que se intensificó *«pasando de un deber de información necesaria, al de asesoría y buen consejo y finalmente al de doble asesoría»*.

Providencia en la que se destacó que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación era insuficiente y que el actual traslado debía estar procedido de una ilustración al trabajador o usuario *«como mínimo acerca de las características, condiciones, acceso, ventaja y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como los riesgos y consecuencias del traslado está bien con respecto a la carga de la prueba, de acuerdo a la jurisprudencia citada»*, de manera que en los procesos de nulidad y/o ineficacia el traslado del régimen pensional ante

la aseveración del demandante de no haber recibido la información, le correspondía al fondo de pensiones desvirtuar tal aseveración mediante la prueba que acreditara que cumplió con el deber de información.

Del análisis de la prueba documental destacó que la demandante el 16 de junio de 1994 realizó su traslado del RPMPD administrado por el extinto ISS hoy Colpensiones al RAIS administrado por Colpatria Pensiones y Cesantías «*tal como se evidenciaba en el formulario de afiliación número cero cero 5390*». Igualmente, señaló que «*según formulario 683811 [...] el día 24 de agosto de 1998 [...] Erlinda Sarquis Matta se trasladó a Colpatria de Colfondos [...]*» (sic). Y del interrogatorio de parte rendido por la demandante resaltó que «*al momento del traslado no le fue brindar (sic) la información oportuna, suficiente, comprensible [...] que necesitaba*» por parte del Fondo de Pensiones y Cesantías «*Porvenir*» al omitir ofrecerle una información clara sobre las ventajas o desventajas de su traslado de régimen y las consecuencias.

Tras lo anterior, aseguró que ante la falta de elementos probatorios que permitieran concluir que los fondos pensionales no demostraron haber suministrado la información suficiente al momento del traslado se quedaba indemne la aseveración de la demandante, «*ya que los aportados suscritos por la demandante no eran pruebas de la debida asesoría que debía aportar*», por lo que declaró la «*nulidad e ineficacia*» de la afiliación realizada por la demandante el 16 de junio de 1994 del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad RAIS, volviendo las cosas al que se hallaría como si el acto de traslado jamás hubiere existido, así como la vinculación que realizó la actora a la AFP «*Colpatria a Colfondos*» el día 24 de agosto de 1998.

En ese orden, concluyó que la demandante jamás perdió su afiliación al RPMPD administrado por Colpensiones, por lo que dicho fondo estaba en la obligación de reconocer la afiliación de la demandante se mantuvo vigente, al igual que los derechos que adquirió en el momento de la afiliación, dado que la AFP demandada debía devolver los saldos de la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, precisando que de no hacerlo se generaría un detrimento patrimonial que afectaría la sostenibilidad financiera de Colpensiones.

De otra parte, en cuanto a la excepción de prescripción formulada por las demandadas, con apoyo en el art. 48 de la Constitución Política y las sentencias de casación CSJSL 2611-2020 y CSJSL 1688-2019 determinó que, aunque se trataba de una pretensión declarativa, la misma tenía relación directa con el derecho pensional, y en tales circunstancias era imprescriptible y podía alegarse en cualquier momento.

Frente al llamamiento en garantía que realizó Porvenir S.A. a la aseguradora determinó que era a dicho fondo a quien le correspondía asumir con cargo a su patrimonio lo que fue descontado de los aportes pensionales efectuados a favor de la demandante por concepto de gastos de administración, incluidos el valor pagado por tales primas de seguros, puesto que ello no estaba a cargo de la aseguradora, que en virtud de un contrato válidamente celebrado entre las partes actuó como tercero de buena fe, sin que comportara una situación contractual la obligación de restituir las sumas recibidas por el contrato de seguros, sin que tampoco fuera viable que el fondo exigiera la devolución a la aseguradora ante la

ineficacia del traslado de régimen, que sí conllevaba tal devolución pero con arreglo a los recursos de la APF como consecuencia de una conducta ante el incumplimiento de su deber profesional en el traslado.

Así las cosas, declaró probada la excepción de cobro de lo no debido propuesta por la llamada en garantía, reiterando que esta solo cubría los riesgos de muerte y enfermedad común, incapacidad temporal y auxilios funerarios.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, los demandados Colfondos, Colpensiones, Porvenir, y la llamada en Garantía Allianz Seguros de Vida S.A. apelaron.

La Administradora de Pensiones Colpensiones, apeló parcialmente la sentencia, advirtiendo en concreto una indebida valoración de la demanda y del interrogatorio de parte de la demandante, pues en su criterio existían inconsistencias. Además, trajo a colación la sentencia SU 107 de 2024 en la cual la Corte Constitucional había modificado el precedente fijado por la Corte Suprema de Justicia sobre la inversión de la carga de la prueba en cabeza de las APF⁶.

Porvenir S.A.,⁷ reiteró que al momento del traslado la ahora demandante era una persona capaz y tenía los conocimientos que le llevaron a tomar la decisión, libre, espontánea, voluntaria e informada a

⁶ Minuto 51:26 a 55:08 Archivo60DvdAudienciaSentencia.mp4 del C01 Primera Instancia

⁷ Minuto 42:20 Archivo60DvdAudienciaSentencia.mp4 del C01 Primera Instancia

suscribir el formulario de afiliación en 1994, lo que estaba en consonancia con lo dispuesto en el literal b) del art. 13 de la Ley 100 de 1993. Además de que dicho documento se presumía auténtico en los términos del artículo 114 ibidem, en concordancia con los art. 243 y 244 del CGP.

Refirió, que en el año 2004 las AFP realizaron una publicación a través de la cual le informaba a los afiliados que podían trasladarse de régimen si así lo quisieran, garantizándole de esa forma el derecho de retracto, sin que la actora hiciera uso de este. Además, que la parte demandante le aplicaba la restricción contenida en el literal el artículo 13 de la Ley 100 del 1993 modificado por el artículo 2º de la ley 797 2003.

Afirmó que en el *sub-lite* no se probaron los eventos previstos en el artículo 1741 el Código Civil para declarar la nulidad. Resaltó que a la demandante también le asistía el deber estar informada y cerciorarse sobre los servicios contratados. Insistió en que dicho fondo siempre garantizó el derecho de información de forma clara, precisa y suficiente relacionada con las características, requisitos del régimen de ahorro individual poniendo de presentes las implicaciones de su traslado y los requisitos para pensionarse, acatando así las disposiciones de la Ley 100 de 1993.

De otra parte, memoró que el artículo 113, literal b) de la Ley 100 de 1993 establecía cuales eran los dineros que se debían trasladar en los eventos de cambio de régimen como eran el «*saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos*», por lo que legalmente no era viable ordenar la devolución de sumas diferentes a las referidas en dicha disposición, en tanto ningún otro valor estaba destinado a financiar la pensión, por lo que condenar a valores adicionales se configuraba un enriquecimiento sin

causa del asegurado.

Por último, trae a colación la sentencia SU 107 de 2024 en la que la Corte Constitucional se refirió a la carga dinámica de la prueba, criticando la práctica de los operadores judiciales de la inversión de la carga de la prueba como una regla automática, permitiendo que al demandante le bastara con afirmar que no fue informado del traslado en debida forma⁸.

Por su parte, **Colfondos**⁹ aseguró que cumplió con su deber de informar las características, ventajas y desventajas propia de cada régimen pensional a la demandante. Aseguró que el formulario de afiliación suministrado a la actora fue firmado de manera libre, espontánea, sin presiones y consciente; que el mismo cumplía con las exigencias de la normatividad vigente «*artículo 11 del Decreto 692 de 1994*» para la época en que se materializó el traslado, pues «*Ese artículo no exigía más que la información que estaba contenida y que obra en el expediente (...)*».

Adujo que las asesorías brindadas por los fondos «*siempre fueron verbales*» y en el tiempo que la actora se trasladó (hacía más de 20 años) el fondo no contaba con medios tecnológicos para el «*registro de audio o video de cada palabra que se le dijo a la afiliada en este caso*». Aseveró que dicha obligación surgió para todos los fondos de pensiones con la expedición de la Ley 748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.º16 de 2016 expedida por la Superfinanciera, que exigía conservar el registro de la doble asesoría, a través de llamadas telefónicas. Luego el caso bajo examen debía analizarse bajo la óptica de la normativa

⁸ Minuto 42:20 a 50:56 Archivo60DvdAudienciaSentencia.mp4 del C01 Primera Instancia

⁹ Minuto 23:21 a 23:50 Archivo60DvdAudienciaSentencia.mp4 del C01 Primera Instancia

vigente para la época del traslado.

En ese orden, solicitó que el Tribunal se aparte de la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia sobre la carga de inversión de la prueba, al considerar que se hace responsable a los fondos, sin que se le exija al asegurado demostrar mínimamente su dicho de no haber sido informado adecuadamente, máxime cuando ningún fondo por muy experto que sea podía saber en un plazo de 20 años qué fondo era el más favorable.

Frente la condena impuesta por concepto de porcentajes correspondientes a gastos de administración, seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje al fondo de garantía de pensión mínima trajo a colación las a sentencia SU 107 – 2024.

Por su parte **Allianz Seguros de Vida** también recurrió en apelación la sentencia, para solicitar ante esta Colegiatura que se adicione la condena en costas en su favor y a cargo de Colfondos, debido a que por el llamamiento en garantía que realizó dicho fondo, incurrió en gastos de representación, lo cual es verificable en los *(recibo de pago -facturas)*¹⁰.

Se surte también, el grado jurisdiccional de la consulta en favor de Colpensiones, por causa y con ocasión de lo dispuesto en el art. 69 C.P.T.S.S., Mod., Ley 1149 de 2007 art. 14, según el cual son objeto de consulta, entre otras, las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a entidad descentralizada en la que la Nación sea garante, tal

¹⁰ Minuto 39:41 a 42:20 Archivo60DvdAudienciaSentencia.mp4 del C01 Primera Instancia

como ocurre en el presente caso.

V. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 26 de septiembre de 2024 se admitió el recurso de apelación contra la sentencia emitida en primer grado, a su vez se corrió traslado a la parte apelante y no apelante, para que expusiera sus alegatos de conclusión conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Dentro de la oportunidad procesal, el demandante, Colpensiones y la llamada en garantía Allianz Seguros de Vida presentaron alegatos de conclusión.

El extremo activo, iteró que fue inducida al error y al falso convencimiento por parte del asesor del fondo privado al momento del traslado y cambio de régimen pensional, pues no se le brindó una información clara, completa y comprensible, además no la enteraron que podía retractarse del traslado y tampoco le informaron que si se trasladaba su pensión dependía entre, otras cosas, del capital que tuviera acumulado en su cuenta individual, circunstancias que actualmente le representa una expectativa de pensión muy inferior de la que recibiría si aun estuviera en el régimen de prima media con prestación definida.

En suma, asegura que Porvenir S.A, faltó al deber de informarle lo necesario a fin de que pudiera tomar de forma consiente una decisión tan trascendental, como lo era el régimen en el que debía permanecer, para no afectar sus intereses económicos, pues de ello dependía su futuro pensional.

Por parte de **Colpensiones** señala que dentro del proceso pensional no se perciben vicios del consentimiento que conlleven a la nulidad o ineficacia del traslado y que la parte actora de forma consciente y voluntaria realizó el traslado al RAIS, por lo que solicitan revocar la decisión.

Allianz Seguros de Vida insiste en adicionar la sentencia de primera instancia, en cuanto el *a quo* omitió tasar las condenas en costas y agencias en derecho a su favor y a cargo de la AFP Colfondos S.A, omisión que considera relevante por cuanto en el proceso de la referencia no prosperaron las pretensiones del llamamiento en garantía en contra de la aseguradora resultando la AFP vencida en juicio.

Los demás recurrentes guardaron silencio.

IV. CONSIDERACIONES

Verificado el expediente se advierte que los presupuestos procesales se encuentran reunidos para dictar sentencia, la demanda se encuentra en forma, pues superó satisfactoriamente la etapa de admisión, las partes cuentan con capacidad procesal para comparecer y para ser parte, así mismo la presente Corporación es competente para desatar los recursos interpuestos y el grado jurisdiccional de consulta y no se observa causal de nulidad que pueda invalidar el proceso, lo que obliga a adoptar una decisión de fondo.

El análisis del caso versará sobre lo que fue objeto del recurso de apelación atendiendo lo dispuesto en el artículo 66A del CPLSS que alude

al principio de la consonancia, en virtud del cual la actividad de la segunda instancia se restringe a los puntos concretos de inconformidad y el grado jurisdiccional de consulta.

No es objeto de discusión en la alzada que, la demandante el 16 de junio de 1994 se trasladó del RPM administrado por el extinto ISS hoy Colpensiones al RAIS administrado por Colpatria Pensiones y Cesantías y, que posteriormente, el 24 de agosto de 1998 realizó el traslado horizontal entre fondos privados, esto es, entre la última AFP referida a Colfondos S.A. donde actualmente se encuentra afiliada.

Problema Jurídico.

De conformidad con lo expuesto le corresponde a la Sala dilucidar si en el presente caso fue acertada la decisión del *a quo* de «*declarar la nulidad e ineficacia*» del traslado de régimen pensional que realizó **Erlinda Sarquis Matta** del ISS hoy, Colpensiones a Colpatria, hoy Porvenir y el horizontal que efectuó desde este último fondo a la AFP Colfondos, con las consecuentes restituciones económicas en los términos y condiciones dispuestas en dicha determinación, o si por el contrario, hay lugar a revocarla, porque los fondos administradores del RAIS demandados demostraron en el juicio que le otorgaron a la demandante la información «*necesaria y transparente*» requerida y exigida para la época del traslado de régimen (1994).

La AFP Porvenir S.A., en uno de sus argumentos de la alzada refiere que en «*el sub iudice no se probaron los eventos previstos en el artículo 1741 el Código Civil para declarar la nulidad*», y que la demandante tuvo la posibilidad de retractarse y no lo hizo, al efecto importa traer a colación

lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia frente a los mismos reparos, entre otras en la sentencia CSJ SL610-2023, en la que asentó:

[...] la AFP Porvenir S.A. insiste en que, en estos casos, la figura jurídica a través de la cual se debe ventilar el caso es la nulidad, la cual no se configuró en la medida que no se demostró error en el consentimiento, máxime que la demandante no se retractó de su traslado en los términos de ley.

Para dilucidar si la vía correcta para decidir el asunto es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto, la Corte considera necesario precisar lo siguiente frente a la figura jurídica de la ineficacia en sentido lato y algunas de sus diversas expresiones (inexistencia, nulidad e ineficacia en sentido estricto):

Cuando se alude a la ineficacia en sentido amplio, se hace referencia a todos los defectos o anomalías, de cualquier clase, que impiden que el acto jurídico produzca sus efectos o deje de producirlos. Cubre todas las causas que perturban su eficacia y comprende diversas reacciones del ordenamiento jurídico, tales como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa o la ineficacia en sentido estricto, que con mayor o menor intensidad golpean el acto o negocio jurídico¹¹.

En las sentencias CSJ SL1618-2022, CSJ SL2929-2022 y CSJ SL2484-2022, esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando

*[...] el empleador, y en general **cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma** contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] **la afiliación respectiva quedará sin efecto.** (negrilla fuera del texto).*

Nótese que, de acuerdo con esa disposición, cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro.

¹¹ Según la doctrina autorizada, la ineficacia del negocio jurídico en sentido lato o amplio «abarca todo fenómeno privativo de consecuencias del negocio, y comprende desde la inexistencia hasta la simple reducción del exceso y la inoponibilidad, pasando por la nulidad, la anulación, la rescisión, la revocación» (Hinestrosa, F., Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II, cit., p. 683)

[...]

Ahora bien, no niega la Corte que en determinados casos el traslado pueda estar afectado o menguado en sus efectos por otras vicisitudes que lo golpean. Por ejemplo, cuando el afiliado no presta su consentimiento o el acto carece por completo de voluntad, en cuyo caso el asunto debe abordarse desde el campo de la inexistencia. Lo que quiere recalcar es que cuando la alegación sea la falta de información - lo cual significa que el acto existe y cumple los requisitos formales de validez-, el asunto debe abordarse bajo el prisma de la ineficacia.

[...]

Bajo ese derrotero jurisprudencial la Sala abordará el estudio de los restantes reproches de dicho fondo y los de Colfondos, frente a la debida información que, afirmaron entregaron a la asegurada en el momento del traslado con la suscripción del formulario de afiliación, sobre ese aspecto la misma Corporación en sentencia CSJSL19447-2017, profundizó diciendo que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación era insuficiente para dar por sentada la debida información suministrada, al efecto concluyó:

[...]

*«[...] existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) **no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad**; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.*

[...]

En esa misma línea, en sentencia CSJSL1452-2019 recalcó que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones se predicaba o era exigible desde su creación, al punto que fijó unos grados de exigencia, dependiendo de las normas vigentes para la fecha en que se efectuó el vínculo a las administradoras de pensiones, la primera, que comprendió «*El deber de suministrar información necesaria y transparente*», la segunda, «*El deber de asesoría y buen consejo*», con ocasión de la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 y, la tercera «*El deber de la doble asesoría*», con ocasión de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.º 016 de 2016 expedida por la Superintendencia Financiera, tras lo cual concluyó que la constatación del deber de información es ineludible, en tanto que:

*[...] las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. 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 al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. 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.***

[...]

En la misma providencia explicó que,

*[...] si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, **se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento.** En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.*

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la

lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) 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.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros. (Negrillas fuera del texto original).

En suma, en dicha oportunidad, se estableció que ante la aseveración del asegurado de no haber recibido una descripción de las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, tal afirmación se convertía en una negación indefinida que solo podía desvirtuar el fondo demandado mediante «(ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) 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».

Entonces, siguiendo esa línea jurisprudencial como lo ha venido haciendo esta Colegiatura, prontamente se advierte que al analizar el acervo probatorio se destaca el formulario que firmó la demandante el 16 de junio de 1994¹², para trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, y el formulario que suscribió con ocasión del traslado horizontal que realizó entre los fondos privados, esto es, Porvenir S.A. y Colfondos S.A el 24 de agosto de 1998¹³, sin que medie prueba documental que demuestre que en el momento del **traslado de régimen** se le hubiere brindado por la entonces AFP Colpatria hoy Porvenir S.A., información veraz y suficiente como la exigida en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 consistente en dar a conocer a la usuaria, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, referentes a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales.

Carga probatoria que no acreditó el Fondo Porvenir S.A., lo cual se reafirma con el interrogatorio de parte del Representante legal que al indagársele al respecto sobre cómo podía verificar el fondo que efectivamente antes de firmarse el formulario el asesor le brindaba a cada cliente la información sobre las ventajas y desventajas del que ocasionaría el traslado de régimen para que el afiliado tomara la mejor decisión, respondió « *Bueno [...] el formulario es el documento desde en principio con el cual se acredita se tuvo contacto con el afiliado y se entregó información básica que, para la época en que se dio era la que estaba obligada a dar (sic)*». Agregó, que la información requerida para esa data

¹² 06FORMULARIO TRASLADO COLPATRIA – 1ra instancia - pruebas demanda- C01 del Expediente

¹³ “06FORMULARIOTRASLADOCOLFONDOS” 1ra instancia PruebasDemanda -C01 del Expediente

y así lo ratificó la sentencia SU 10-2024 era «*entregar información pertinente y específica relacionada con el régimen y los riesgos, en el sentido de indicar las prestaciones económicas a las cuales se puede acceder al régimen de ahorro individual. Entonces no queda la información de que a x persona se le entregó, esta, esta y esta información, pero en atención de que el asesor debidamente capacitado con la formación pertinente sobre la información básica del Régimen de Ahorro Individual, pues bajo el principio de buena fe se entiende que fue entregada la información correspondiente al afiliado*»¹⁴. Insistiendo en que el formulario es el documento «*con el cual podemos considerar que se hizo la entrega de la información*».

En ese escenario probatorio, aun cuando los fondos apelantes insisten en que para el momento del traslado le brindaron la información necesaria sobre la determinación del traslado, lo cierto es que no cumplieron con la carga procesal que se les imponía en los términos del artículo 167 del CGP aplicable a los juicios laborales por integración normativa el art. 145 del CPL y SS y en las condiciones que se ha fijado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral entre otras en la sentencia CSJSL4426- 2019, donde se exponen los motivos por los cuales las administradoras deben demostrar que suministraron una información clara y transparente, ante la aseveración del afiliado de no haber recibido información, lo cual encuentra sustento en que al tratarse de una negación indefinida es al fondo a quien corresponde demostrar que cumplió con sus deberes en esa materia, más aún cuando está en una mejor posición de ilustrar puesto que debe conservar en sus archivos la documentación que soporta la afiliación.

¹⁴ Minuto 41:36- 58.AudienciaArt77y80CPTYSS – 01 Primera instancia

En este aspecto se traen a colación los argumentos que esbozó la AFP Colfondos S.A. para justificar la imposibilidad de demostrar el asesoramiento que le otorgó a la ahora demandante, en tanto que para la época del traslado, no contaba con medios tecnológicos para el «registro de audio o video de cada palabra que se le dijo a la afiliada en este caso», al respecto importa decir, que si bien para ese entonces (años 1994 – 1998) anualidades en las que se dio el traslado de régimen y el traslado horizontal entre AFP, respectivamente, la tecnología no estaba tan avanzada, precisamente por ello, toda la información debía quedar debidamente documentada como sí ocurrió con los formulario de traslados que se firmaron de forma física y se aportaron, los cuales, como ya se indicó *a lo sumo* acreditan el consentimiento del traslado, pero no informado.

Aunado, tampoco son de recibo los argumentos de Colpensiones en cuanto a que la actora en el interrogatorio aceptó que al momento del traslado recibió la información requerida para la época en que se dio el traslado, pues al escuchar el audio de la audiencia en el que se practicó dicha prueba¹⁵, la demandante de forma insistente y desprevenida fue enfática en afirmar que la única información que recibió fue la de que el ISS se iba a acabar y que las condiciones en las que se trasladaba al RAIS eran las mismas del Seguro Social, de donde no se puede inferir como se sugiere, que hubiere aceptado que recibió la ilustración «necesaria y transparente» exigida para la época en que acaeció el traslado, conforme lo adoctrinado por la jurisprudencia (CSJSL1452-2019).

¹⁵ 58.AudienciaArt77y80CPTYSS – 01Primera instancia

Además, el hecho de que la accionante hubiere estado afiliada al RAIS por más de 20 años, dicha permanencia no puede ser vista como una voluntad orientada a ratificar el traslado desde el RPM, puesto que la carencia de eficacia de variación del régimen pensional nunca se convalida por el paso del tiempo, ya que ello implicaría modificar el contenido de sus derechos prestacionales, más aún cuando el deber de información en cabeza de las AFP con el usuario se predica desde siempre y con mayor hincapié en el momento que se realiza la transferencia, de ahí que se le exija a la AFP a la que se trasladó la demostración de la información que en ese momento le suministró a la asegurada.

Entonces una vez declarada la ineficacia del traslado que tiene como sustento el incumplimiento del deber de información en el traslado inicial al estar afectado el acto primigenio, los negocios jurídicos subyacentes adolecen de igual afectación, entre ellos los traslados horizontales que se realizan entre fondos privados, sin que por ello, en absoluto se pueda inferir que el afiliado con este actuar hubiere convalidado o suplido el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP al momento del traslado inicial, tal como lo adoctrinó la Sala de Casación Laboral en providencias (CSJ4025-021, CSJSL4062-2021, CSJSL 4064-2021 y SL3465-2022), por lo que el traslado que realizó de demandante del fondo Porvenir S.A. a Colfondos S.A. también sea ineficaz.

Ahora bien, esta Sala no pasa por inadvertido que en la alzada se trajo a colación por el extremo pasivo, la sentencia SU 107-2024 de la Corte Constitucional, para sustentar su reproche frente al criterio de la inversión de la carga de la prueba en cabeza de los fondos privados sentada por la Sala de Casación, pues insiste en que con la postura del Tribunal Constitucional la parte activa debe aportar una prueba a fin de

demostrar el fundamento de sus pretensiones en aplicación de la sentencia de unificación referida.

Sobre el particular, esta Colegiatura acoge los razonamientos de la sentencia CSJSL2999 - 2024 de la Corte Suprema de Justicia en la que determinó que no comparte la lectura que hizo la Corte Constitucional en la citada sentencia de unificación y, por tanto, ratificó que eran los fondos de pensiones quienes por ley estaban obligados a brindar y probar la información que ofrecieron a los afiliados, al efecto sostuvo,

“Esta Corporación nunca ha desconocido la libertad de los jueces para formar su convencimiento y valorar el caudal probatorio aportado oportunamente, conforme lo establecen los artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. De modo que en el precedente cuestionado jamás se ha restringido o limitado esa autonomía, mucho menos al punto de despojar al juzgador de sus facultades como director del proceso, ya que, según lo consagrado en el canon 54 ídem, este puede decretar pruebas de oficio frente a los hechos controvertidos que le generen duda.

Justamente, en este tipo de asuntos, los demandantes suelen acreditar, a través de interrogatorio a los representantes legales de las AFP y testimonios, que no se les brindó la debida información, sin necesidad de invertir la carga probatoria por parte de la autoridad judicial que analiza el caso; sin embargo, no puede perderse de vista que la afirmación sobre la ausencia de información es un supuesto negativo indefinido que debe desvirtuar quien se ve afectado por este, con las pruebas que estime necesarias para demostrar que cumplió con su obligación legal.

Se recuerda que «[...] las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba», tal y como lo dispone el inciso 4.º del artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable en materia laboral en virtud del principio de integración normativa contenido en el precepto 145 del Estatuto Adjetivo Laboral.

Ello cobra sentido, en tanto que no es razonable exigir a quien asegura que algo no aconteció que lo pruebe. Ahora, no significa que la referida trasposición de roles anule la actividad probatoria de las administradoras de fondos de pensiones convocadas a estos juicios, sino que, como al contestar las demandas en ejercicio del derecho de defensa expresan que su información fue completa, clara y oportuna, son aquellas las llamadas a acreditar tales manifestaciones, pues estas sí cuentan con el carácter de afirmaciones definidas susceptibles de acreditación.

Aunado a lo anterior, el precedente jurisprudencial defendido por esta Sala de la Corte no es que atribuya una carga imposible de cumplir por parte de las AFP, pues aquellas cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, características que les son propias desde su origen y no sólo a partir de la expedición del Decreto 2241 de 2010, como parece entenderlo la Corte Constitucional, pues dicha normativa consagró como obligación a cargo de las AFP, entre otras, registrar las actuaciones correspondientes al deber de información y asesoría, que siempre les estuvo atribuido. De modo que las AFP se ubican en una posición de preeminencia frente a los usuarios.

Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera. (CSJ SL1452-2019)

[...]

De otra parte, frente a los efectos o consecuencias de la declaratoria de ineficacia del traslado, es sabido que ello implica retrotraer la situación jurídica del afiliado al estado en el que se encontraba con antelación, como si el cambio de régimen pensional no hubiese ocurrido, por lo que corresponde ordenarse la devolución de los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, entre otros.

En el sub lite, el *a quo* luego de declarar la ineficacia del traslado ordenó la devolución del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la actora, los rendimientos y bonos pensionales a que hubiere lugar, así como «los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el fondo garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargos de sus propias utilidades debidamente indexados», argumento respecto del cual Porvenir S.A., discrepa advirtiendo que los conceptos sujetos a devolución estaban

contemplados en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, esto es, el «*último el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos, que se acreditará en términos de semanas cotizadas, de acuerdo con el salario base de cotización*», sin que fuera viable la devolución de los porcentajes correspondientes a ***gastos de administración, seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia y, el porcentaje al fondo de garantía de pensión mínima***».

Al respecto, importa precisar que la abundante jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia reiterada, entre otras, en CSJ 4025-202, CSJSL4062-2021, CSJSL4064-2021, CSJ SL3465-2022, CSJ SL2229-2022, CSJ SL3188-2022 y CSJSL1084-2023 ha explicado que la consecuencia de la ineficacia del traslado de régimen es la devolución al RPM de los saldos de la cuenta individual de la AFP en la cual se encuentra afiliada, junto con el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos del fondo privado, con fundamento en que tales conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones. En la sentencia CSJ SL-4360 de 2019, explicó que al no existir un camino demarcado por el legislador en los eventos en los que se declara dicho fenómeno, lo consecuente es devolver las cosas a su *statu quo*, es decir, que las cosas regresen a su estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de traslado.

En contraste con tal postura la Corte Constitucional en sentencia SU-107 de 2024 expresó, frente al mismo estudio, concretamente en los

considerandos 303 que, *«ni las primas de seguros, los gastos de administración, o el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima ya sea de forma individual, combinada o indexada son susceptibles de devolución o traslado al configurar situaciones que se consolidaron en el tiempo y **que no se pueden retrotraer por el simple hecho de declarar la ineficacia del traslado pensional**»*, tras aseverar 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»*.

En ese orden, ante la discrepancia de criterios, esta Sala respetuosamente se aparta de la postura de la Corte Constitucional, para en su lugar seguir acogiendo, como lo ha venido haciendo, la del órgano de cierre de la justicia ordinaria, en la medida de que no puede desconocerse que la declaratoria de la ineficacia de la afiliación al RAIS implica necesariamente que no se estuvo afiliado en este régimen pensional y en su lugar, siempre se consideró afiliado al RPM de manera que, ante la inexistencia de vinculación a los fondos privados de pensiones, al retrotraerse la afiliación al estado inicial, como consecuencia de la ineficacia, las consecuencias implican que deban devolverse la totalidad de los conceptos causados desde la creación del acto ineficaz, en el entendido que no implica una afectación a la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, habida consideración de que los conceptos a devolver estarán a cargo de los fondos privados de pensiones, por ser los causantes del conflicto de afiliación ante la falta de una asesoría integral y que deberán asumir con cargo a sus propios recursos.

Además, en virtud del Decreto 720 de 1994 que reglamentó el artículo 105 y parcialmente el artículo 287 de la Ley 100 de 1993 en su canon 10, frente a la responsabilidad de los promotores, se estableció que *“Cualquier infracción, error u omisión -en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados- en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelante de sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones”*.

En reciente sentencia CSJSL509-2024 la Sala Laboral de la Corte Suprema de justicia memoró que *“[...] la sentencia que declara la ineficacia simplemente constata un estado de cosas preexistente, es decir, la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional. Esta situación implica negarle efecto al traslado, tratándolo como si nunca hubiera ocurrido (...) si la ineficacia implica que el afiliado nunca abandonó el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), entonces esos recursos, desde la creación del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”*.

En ese orden, ante la falta de demostración del deber de información por parte del fondo privado (AFP Colpatria en su momento y Porvenir S.A. hoy) a través de su promotor, el artículo 1746 del Código Civil, señala los efectos de la ineficacia, consistentes en el retorno al estado inicial del negocio regulada, esto sumando a que el derecho a la seguridad

social está regida por múltiples principios insoslayables por parte del operador judicial, a fin de que el retorno de las cosas a su estado original se adopte con miras al resarcimiento que compensen los perjuicios ocasionados al afiliado, respecto de los cuales la jurisprudencia a tratado en múltiples oportunidades, por ejemplo en las sentencia CSJ SL SL5595-2021, CSJ SL2877-2020 y SL4297-2022) y se sintetizan en los siguientes rubros i) capital ahorrado, ii) rendimientos iii) gastos de administración y iv) aportes al fondo de garantía de pensión mínima.

En el caso de los primeros, este tiene sustento financiero en el pago de la prestación y conforme con lo dispuesto en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 debe ser trasladado cuando exista movilidad del RAIS al RPM: El segundo, al igual que el primero tiene su génesis y soportan el pago de la pensión y se trasladan conforme a lo señalado en el citado canon y conforme la invariable jurisprudencia de la Corte desde la sentencia 31989 de 2008. En cuanto al tercero, el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, previó que el 3% de la cotización de los afiliados se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, de manera que ante el efecto de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación y la ficción jurídica de volver las cosas al estado inicial como si nunca hubiera existido, debe ser devuelto por el RAIS a RPM debidamente indexado, en el entendido de que la entidad que no tuvo nada que ver con la infracción a la ley tenga que soportar sus efectos privándosele de recibir los mismos. Y en cuanto al cuarto y último de los conceptos referidos, aunque el canon mencionado son propios del RAIS y no encuentra un equivalente en el RPM; sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema entre otras, en la sentencia CSJSL 2877-2020 ha sostenido que al declararse la ineficacia

los dineros aportados por el afiliado a este fondo deben ser devueltos al RPM bajo los lineamientos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el Decreto 1833 de 2016, más aún cuando los mentados recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas en una subcuenta separada con el fin de financiar aquellas prestaciones.

Ahora bien, en el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de Colpensiones, esta Sala advierte que aun cuando fue acertada la determinación del *a quo* en el **numeral segundo** de la sentencia, en cuanto condenó a la AFP Colfondos S.A., donde actualmente está afiliada la demandante, a «*trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES el capital acumulado en la cuenta ahorro individual de la actora los rendimientos y bonos pensionales a que haya lugar, así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el fondo garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargos de sus propias utilidades debidamente indexados*», no aconteció lo mismo, con respecto a lo resuelto en el **numeral cuarto**, donde ordenó a la misma AFP Colfondos S.A., «*trasladar a la Colpensiones los valores correspondientes a los gastos de administración y comisiones debidamente indexados con cargo de sus propias utilidades del tiempo en el que estuvo afiliada la demandante a dicho fondo*», por lo que esta Sala, atendiendo las consideraciones reiteradas sobre los efectos de la ineficacia del traslado **modifica y adiciona** dicho numeral en los siguientes términos:

Se modificará en cuanto a que la condena en ese numeral se predica respecto de la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y, se adicionará, en cuanto a que ese fondo en el momento del traslado a Colpensiones además de «*los gastos de administración y*

comisiones» también deberá incluir «los porcentajes destinados a conformar el fondo garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargos de sus propias utilidades debidamente indexados», por el tiempo que permaneció la asegurada, hoy demandante, afiliada a dicha administradora.

Por último, se pronuncia la Sala sobre los argumentos del recurso de apelación que formuló la aseguradora Allianz Seguros de Vida S.A., y que sustentó en que debían imponerse costas a su favor y a cargo de la AFP Colfondos S.A., en el entendido de que el referido fondo lo llamó y no salieron avantes las pretensiones del llamamiento en garantía, por lo que debía darse cabida a la excepción formulada en el numeral 2 *«Al no prosperar las **pretensiones del llamamiento** en garantía, las Agencias en derecho a favor de Allianz Seguros de Vida S.A. Deben Liquidarse por un valor igual al asumido que compense el esfuerzo realizado y la afectación patrimonial que implicó la causa»*, y que la causación de estas las demostraba con el recibo de pago o factura aportada con la demanda.

Preliminarmente, importa resaltar que el llamamiento en garantía es una figura procesal, con la que cuentan las partes dentro del litigio para exigir la vinculación de un tercero que pueda llegar a tener un interés directo en las resultas del proceso, pues en caso de una sentencia condenatoria, al llamado en garantía se le podrá exigir una indemnización por el perjuicio causado, el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer el llamante o el pago conjunto de la condena que imponga la autoridad judicial tal como se desprende de la artículo 64 del CGP.

Ahora bien, el artículo 365 del CGP regula la condena en costas y establece las reglas para su imposición, en especial en el numeral 1º y su inciso se establece:

1. *Se condenará en costas a la **parte vencida** en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

[...]

Del análisis de las referidas disposiciones, y los resultados del proceso, prontamente se advierte que si bien la AFP Colfondos S.A., fue vencida en el proceso, pues fue condenada en primera instancia, lo cierto es que, el *a quo* no le impuso costas. Y en el hipotético de que así hubiere sido, estas en todo caso estarían en favor de la parte que salió airoso en el proceso, es decir, el extremo activo de la litis por haberle prosperado las pretensiones y, bajo ese escenario, la legitimada para solicitar la imposición de costas en cabeza de Colfondos S.A., radicaba en la parte actora, pero, como ésta estuvo conforme con lo decidido por el *a quo*, no resulta viable una condena en ese sentido, y mucho menos en las condiciones que pretende la aseguradora, por la potísima razón de que al no ostentar la calidad de parte sino la de un tercero en el proceso, la ley no contempló la posibilidad de condena en costas en esas condiciones, por lo que su solicitud no sale adelante.

En ese orden, se confirmará la sentencia impugnada en su integridad. Sin costas en esta instancia, por cuanto no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Civil - Familia – Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero: CONFIRMAR los numerales **primero, segundo, tercero, quinto, sexto y séptimo** de la sentencia la sentencia proferida el 31 de mayo del 2024 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar en el proceso promovido por **ERLINDA SARQUIS MATTA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A.** y la llamada en garantía **ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.**

Segundo: MODIFICAR y ADICIONAR el numeral **cuarto** de la sentencia proferida el 31 de mayo del 2024 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar en el proceso promovido por **ERLINDA SARQUIS MATTA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A.** y la llamada en garantía **ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.** en los siguientes términos:

CUARTO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** no solo los gastos de administración y las comisiones, sino también los porcentajes destinados a conformar el fondo garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargos

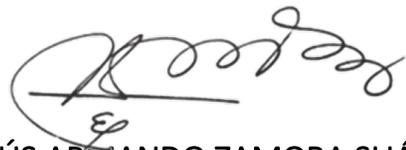
de sus propias utilidades debidamente indexados, conforme a los expuesto en la parte motiva en esta sentencia.

Segundo: Sin costas en esta instancia. [OBJ]

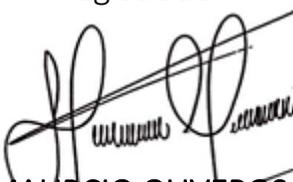
Notifíquese y cúmplase.



OLGA LUCÍA RAMÍREZ
Magistrada



JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ
Magistrado



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado