

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA CONSUELO MONTES DE ÁLZATE CONTRA COLPENSIONES, SKANDIA S.A., PORVENIR S.A. Y COMO LLAMADA EN GARANTIA MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. (RAD. 32 2022 00154 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre dos mil veintitrés (2023)

Vencido el término de traslado otorgado a las partes para alegar de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 13 numeral 1º de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, profieren la siguiente,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de desatar los recursos de apelación interpuestos por SKANDIA, PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta última, contra la sentencia proferida por el Juez 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 05 de septiembre de 2023 (21ActaAudienciaTramiteJuzgamiento, récord 1:28:12), en la que se resolvió:

“PRIMERO.- DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas y **DECLARAR PROBADA** la excepción formulada por la llamada en garantía denominada “Inexistencia de derecho contractual por parte de la AFP Skandia S.A.”, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO.- DECLARAR la nulidad del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante **MARÍA CONSUELO MONTES DE ÁLZATE** a través de **PORVENIR S.A.**, de fecha 14 de octubre de 2005, así como sus posteriores traslados entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

TERCERO.- Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a la demandada **PORVENIR S.A.** a trasladar con destino a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos. Así mismo deberá trasladar las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima,

*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la **DEMANDANTE** ha estado afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por **PORVENIR S.A.** con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer debidamente discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, Ingreso Base de Cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

CUARTO.- CONDENAR a la demandada **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** a trasladar con destino a **COLPENSIONES** las sumas deducidas por concepto de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** con cargo a sus propios recursos.

QUINTO.- ORDENAR a la demandada **COLPENSIONES** a recibir a la demandante **MARÍA CONSUELO MONTES DE ÁLZATE** como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara nulo. Para el efecto **COLPENSIONES** deberá actualizar la Historia Laboral de la demandante incluyendo los tiempos cotizados a través de las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

SEXTO.- ABSOLVER a la llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** de las pretensiones incoadas en su contra.

SÉPTIMO.- CONDENAR en costas a las demandadas y a favor de la demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un (01) smmlv por cada una de ellas. Así mismo, **CONDÉNESE** en costas a la demandada **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** y a favor de la llamada en garantía, fijando como agencias en derecho una suma equivalente a un (01) smmlv.

OCTAVO. - En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada **COLPENSIONES**, remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta.”.

Inconforme con la decisión los apoderados de SKANDIA, PORVENIR y COLPENSIONES la apelaron.

COLPENSIONES manifestó¹, se debe tener en cuenta que el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, determinó la posibilidad que el afiliado se traslade de régimen una

¹**Recurso Colpensiones, récord 1:36:25, archivo 21:** “Gracias su Señoría, encontrándome dentro de la oportunidad procesal pertinente, me permite interponer recurso de apelación ante el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial Sala laboral, con el fin de que revoque en su integridad la sentencia proferida por el juzgador de instancia, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones.

Solicito al honorable tribunal se tenga en cuenta que el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 determinó la posibilidad que el afiliado se traslade de régimen una vez cada 5 años, contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y estabilidad en el sistema pensional, esta misma norma limitó este derecho, cuando el afiliado le faltará 10 años o menos para alcanzar la pensión, salvo aquellos afiliados que estuviesen 15 años cotizados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, para quienes se conservó el derecho a regresar al régimen de prima en cualquier momento, es decir, para aquellos afiliados

vez cada 5 años contados a partir de la selección inicial, sin embargo, por razones financieras y estabilidad del sistema pensional, esta norma limitó ese derecho cuando el afiliado le faltaren 10 años o menos para alcanzar la pensión, salvo aquellos afiliados que tuviesen 15 años cotizados a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, para quienes se conservó el derecho de regresar el régimen de prima media en cualquier momento, es decir, para aquellos afiliados beneficiarios del régimen de transición, esta limitación se justifica a las adiciones efectuadas mediante el Acto Legislativo 01 de 2005 al artículo 48 de la Constitución Política, y, por lo tanto, debe señalarse que todas las actuaciones de Colpensiones, deben estar encaminadas siempre al cumplimiento del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema y de las disposiciones legales instauradas con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 y el Acto Legislativo 01 de 2005, que buscan proteger tal principio, por lo anterior, la demandante no es beneficiaria del régimen de transición para proceder su traslado en cualquier tiempo, como lo señala la corte constitucional en sentencia. C- 789 de 2012, 1024 de 2004, SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013 al indicar que la única

beneficiarios del régimen de transición, esta limitación se justifica en las adiciones efectuadas mediante el acto legislativo 01 de 2005 y el artículo 48 de la Constitución Política, y por lo tanto, debe señalarse que todas las actuaciones de Colpensiones deben estar encaminadas, siempre al cumplimiento del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema y a las disposiciones legales instauradas con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 y el AL 01 de 2005 que buscan proteger tal principio.

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que no le son las aplicables las disposiciones dispuestas por la Corte Constitucional en la sentencia, C 789 2012 0224 de 2004, SU 0622 1010 y SU 130 2013 para retornar en cualquier tiempo, como quiera que según la historia laboral aportada y que se encuentra en el expediente, para la entrada en vigencia del sistema general de pensiones la demandante contaba con un aproximado de 180 semanas cotizadas, por todo lo anterior, se tiene que la demandante, solicitó el traslado al régimen de prima media administrado por pensiones hasta el 14 de enero de 2020 y al verificar su cédula de ciudadanía se obtiene que para esa data contaba con 67 años de edad y al no contar con 15 años de cotizaciones al 1º de abril de 1994, no quedaría otra alternativa, sino la de concluir que la señora María Consuelo Montes de Álzate se encuentra inmersa dentro de la provisión legal de traslado y por ende, resultaría a todas luces improcedente por parte de mi representada tener como afiliada a la demandante del régimen de prima media en salvaguardando el principio constitucional de sostenibilidad financiera. En igual sentido se solicita se tenga en cuenta lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia CU 062 de 2010 en relación a estudiar rentabilidad por medio del cual estableció que el cálculo de rentabilidad es una operación tendiente a determinar si el afiliado que desee trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media y que le falten menos de 10 años para pensionarse, cumple con el requisito de realizarlo en el primero no debe ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubiese permanecido en el régimen de prima media, para así poder establecer si procede o no el traslado de régimen, medida que se adopta en aras de proteger la sostenibilidad del sistema, principio contemplado en el artículo 48 de la Constitución Política. Por último, Honorables Magistrados es de tener en cuenta el principio de relatividad jurídica toda vez que Colpensiones es un tercero en el acto jurídico que celebró la demandante y el fondo privado y estos actos jurídicos tienen efectos inter-partes, por lo cual mi representada no puede verse ni favorecida ni perjudicada conforme a lo anteriormente expuesto”.

condición prevista la cual exige límite de tiempo a efecto de solicitar el traslado es que la afiliada acredite ser beneficiaria del régimen de transición al haber efectuado cotizaciones por 15 años con anterioridad al 1º de abril de 1994, situación que en el presente caso no se da como quiera que para la entrada en vigencia de la Ley 100 la demandante contaba con un aproximado de 180 semanas, por lo que no es procedente el traslado en cualquier tiempo, de conformidad con la jurisprudencia antes citada.

Igualmente, narró, la demandante elevó solicitud de traslado al régimen de prima media administrado por Colpensiones hasta el 14 de enero de 2020 y al verificar su cédula de ciudadanía se obtiene que para aquella data contaba con 67 años de edad y al no contar con 15 años de cotizaciones al 1º de abril de 1994, no quedaría otra alternativa, sino la de concluir que la demandante se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal de traslado y por ende resultaría a todas luces improcedente tenerla como afiliada del régimen de prima media, salvaguardando el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema.

Solicitó se tenga en cuenta lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia SU-062 de 2010 en relación al estudio de rentabilidad, por medio del cual se estableció que el cálculo de rentabilidad es una operación tendiente a determinar si el afiliado que decida trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media y que le falte al menos de 10 años para pensionarse, cumple con el requisito de ahorro realizado, el primero no debe ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubiese permanecido en el régimen de prima media y así poder establecer si procede o no el traslado, medida que se adopta en aras de proteger la sostenibilidad del sistema, principio contemplado en el artículo 48 de la Constitución Política.

Aunado a lo anterior, se remitió al principio de relatividad jurídica, alegando, Colpensiones es un tercero en un acto jurídico celebrado entre la demandante y los fondos privados y estos actos jurídicos tienen efectos Inter partes, por lo cual independiente de la decisión adoptada, no puede verse ni favorecida ni perjudicada.

Por su parte, la demandada PORVENIR, adujo², resulta improcedente la condena sobre indexación de gastos de administración, comisiones y sumas previsionales, como quiera que, ante la eventual condena, el reintegro de rendimientos financieros, los rendimientos de por sí son sumas superiores a esa eventual orden y permiten de por sí a Colpensiones, cubrir el reconocimiento pensional con un bien mejorado producto de la profesional gestión que hiciera el fondo en su respectivo momento.

Narró, teniendo en cuenta que entre las obligaciones que deben cumplir las AFPS está la de garantizar esa rentabilidad mínima de cada una de las cuentas de ahorro individual de sus afiliados, es incompatible y excluyente el haberse ordenado la indexación, pues los recursos de la cuenta ahorro individual de la demandante, pues no se han visto afectados por el fenómeno inflacionario, por el contrario, han generado rendimientos muy superiores a los que podría garantizar el régimen de prima media.

Igualmente, de manera ilustrativa, expuso, varios tribunales del país han acogido esta teoría, en especial el Tribunal Superior de Cundinamarca en proceso con radicación 2021 - 111 y sentencia del 25 de julio del año 2022, proferida por el

² **Recurso PORVENIR, récord 1:31:51, archivo 21:** *“De manera muy respetuosa, presentó recurso de apelación de manera parcial en contra de la sentencia emitida por el despacho, solo en lo que respecta al numeral segundo, en lo concerniente a la indexación de las sumas a retornar a Colpensiones en los siguientes términos:*

Señores magistrados, teniendo en cuenta que entre las obligaciones que deben cumplir las AFPS está la de garantizar esa rentabilidad mínima de cada una de las cuentas de ahorro individual de sus afiliados, es incompatible y excluyente el haberse ordenado la indexación, pues los recursos de la cuenta ahorro individual de la demandante, pues no se han visto afectados por el fenómeno inflacionario, por el contrario, han generado rendimientos muy superiores a los que podría garantizar el régimen de prima media.

Igualmente, de manera ilustrativa es pertinente mencionar que varios tribunales del país han acogido esta teoría, en especial el Tribunal Superior de Cundinamarca en proceso con radicación 2021 111 y sentencia del 25 de julio del año 2022, proferida por el Tribunal Superior de Cali en sentencia promovida por el señor Edison Ricardo González, con radicación 2022 234, consideraron ambas corporaciones que el traslado de los rendimientos financieros de sus afiliados compensan la depreciación de poder adquisitivo de la moneda que pudiera ser presentado respecto a los emolumentos que se ordenaron retornar, por lo tanto, ordenar que PORVENIR indexe cualquier suma de dinero, señor magistrados es sin duda alguna ponerle una doble sanción por cuanto sin duda alguna y sin que resulte necesario realizar alguna operación matemática. Se hace más que evidente que los rendimientos financieros que obtuvo este demandante por la correcta gestión administrativa que realiza mi representada, que superó los mínimos establecidos por el por el órgano de vigilancia a partir de un acto jurídico que celebró esta demandante con plenos efectos. Con creces, pues supera esa posible pérdida del poder adquisitivo los dineros de la actividad representados en sus aportes pensionales Por lo anterior, de manera muy respetuosa solicito al despacho revocar de manera parcial la sentencia en cita y absolver en lo que respecta a mi representada. Muchas gracias”.

Tribunal Superior de Cali en sentencia promovida por el señor Edison Ricardo González, con radicación 2022 - 234, consideraron ambas corporaciones que el traslado de los rendimientos financieros de sus afiliados compensan la depreciación de poder adquisitivo de la moneda que pudiera ser presentado respecto a los emolumentos que se ordenaron retornar, por lo tanto, ordenar que PORVENIR indexe cualquier suma de dinero es imponer una doble sanción.

Por su parte, la codemandada SKANDIA³ atacó la orden dirigida a devolver los seguros previsionales, gastos y comisiones debidamente indexados, bajo el

³ **Recurso SKANDIA, récord 1:33:59, archivo 21:** “Siendo la etapa personal correspondiente, me permito interponer recurso de apelación parcial contra la sentencia proferida por su despacho, en aras de que el honorable Tribunal Sala Laboral de Bogotá revoque la condena impuesta a mi representada tendiente a devolver los conceptos de los seguros previsionales, gastos y comisiones debidamente indexados, sustento el recurso en que no es factible que mi representada retorne dichos emolumentos, toda vez que ya fueron descontados y acaecidos durante el periodo de permanencia a la señora demandante con mi representada como quiera que se utilizaron por mandato legal del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y se utilizaron para darle la administración y tenerla asegurada para riesgo de invalidez y sobrevivientes.

Conforme se ha venido indicando con la expedición de la Ley 100 de 1993, se creó el régimen de ahorro individual con solidaridad y con ello un conjunto de obligaciones para la AFP que represento y en favor de cada uno de los afiliados, conforme lo establecido en la ley, entre ellas es, administrar la cuenta de ahorro individual y generarle unos rendimientos, bien sea los que exige la ley y los que puede ofrecer el fondo de pensiones mediante unas gestiones administrativas que se ven representados mediante los gastos o comisiones de administración que se le descuentan a la demandante, dichas administraciones o dichas gestiones administrativas van encaminadas a realizar todos aquellos movimientos financieros en aras de incrementar el capital de la cuenta de ahorro individual mediante los rendimientos que está ofreciendo mi representada, motivo por el cual en el presente fallo se está desconociendo dicho trabajo todavía es que se está ordenando devolver unos emolumentos ya causados a favor de la señora demandante, lo cual genera un enriquecimiento sin justa causa, toda vez que no solamente se está desconociendo el trabajo que realizó mi representada, sino que asimismo se enriquece la administradora Colpensiones con unos dineros adicionales, como los rendimientos que se ordenaron también en el presente fallo, de la misma manera respecto a los seguros previsionales de seguros previsionales, van encaminados a cubrir dos conveniencias que una vez es la invalidez y la otra sobrevivencia, y en caso que la demandante hubiese cumplido algunos requisitos para adquirir si hubiese sufrido algún siniestro de ellos, mi representada hubiese tenido la obligación de responder por aquellos seguros de invalidez y sobrevivencia de la ejecutoria del contrato de aseguramiento, bajo este escenario es relevante mencionar que si bien es cierto las pretensiones de la demanda giran en torno a la ineficacia de la afiliación al RAIS y que la Corte Suprema de Justicia ha adocinado que la consecuencia de este regreso automático es que las cosas vuelvan a su estado inicial, pues también lo es que le corresponde la Juez hacer un estudio objetivo en cuanto a la teoría de las restituciones mutuas al asistirle buena fe a la AFP conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993. Es más gravosa la situación en frente de los seguros, toda vez que mi representada SKANDIA nunca ha administrado dichos riesgos de invalidez, sobrevivencia y el porcentaje destinado para dichos seguros previsionales ya fue pagada una aseguradora a 1/3 que se llamó un juicio en el presente proceso, motivo por el cual reitero, se causa un perjuicio económico a mi representada, toda vez que tienen que retornar no el dinero de los cuales se benefició de la señora demandante durante el lapso de afiliación con mi representada.

Si los magistrados consideran que no se puede revocar la condena impuesta a mi representada, solicito muy respetuosamente no condenar a SKANDIA sobre los conceptos que han se ser retornados de manera indexada, pues sabiendo en cuenta ya varios pronunciamientos de varios tribunales de varias ciudades, como la de Medellín, es importante indicar que en radicado 0152 1019 531, se manifestó que no hay lugar a imponer condena por concepto indexación, teniendo en cuenta que a la administradora de fondos de pensiones se le impuso la obligación de devolver la compensación con la totalidad de las cotizaciones con motivo de la afiliación de la demandante sin descuento alguno, incluyendo rendimientos generados, concepto que puede compensar la devaluación que hubiese sufrido por el lapso del tiempo, por todo lo anterior, respetuosamente, solicito, revocar las condenas aquí impuestos o subsidiariamente, que si se confirma el fallo, no condenar a aquellos”.

entendido que no es factible que la AFP retorne dichos emolumentos, toda vez que ya fueron descontados y acaecidos durante el periodo de permanencia de la demandante, como quiera que se utilizaron por mandato legal del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, para darle la administración y tenerla asegurada para los riesgos de invalidez y sobrevivencia.

Agregó, con la expedición de la Ley 100 de 1993, se creó el régimen de ahorro individual con solidaridad y con ello un conjunto de obligaciones para la AFP y en favor de cada uno de los afiliados, conforme lo establecido en la ley, entre estas, administrar la cuenta de ahorro individual y generar unos rendimientos, bien sea los que exige la ley o los que puede ofrecer el fondo de pensiones mediante unas gestiones administrativas que se ven representados mediante los gastos o comisiones de administración que se le descuentan a la demandante, dichas administraciones o dichas gestiones administrativas van encaminadas a realizar todos aquellos movimientos financieros en aras de incrementar el capital de la cuenta de ahorro individual mediante los rendimientos que está ofreciendo mi representada, motivo por el cual en el presente fallo se está desconociendo dicho trabajo al ordenarse devolver unos emolumentos ya causados a favor de la demandante, lo cual genera un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

Añadió, de la misma manera respecto a los seguros previsionales, estos van encaminados a cubrir el riesgo de invalidez y sobrevivencia, y en caso que la demandante hubiese cumplido algunos requisitos si hubiese sufrido algún siniestro, la AFP hubiese tenido la obligación de responder por aquellos seguros de invalidez y sobrevivencia en virtud del contrato de aseguramiento, bajo este escenario es relevante mencionar que si bien es cierto las pretensiones de la demanda giran en torno a la ineficacia de la afiliación al RAIS y que la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que la consecuencia de este regreso automático es que las cosas vuelvan a su estado inicial, también lo es que le corresponde la juez hacer un estudio objetivo en cuanto a la teoría de las restituciones mutuas al asistirle buena fe a la AFP conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993. Indicó, es más gravosa la situación frente a los seguros, toda vez que mis representada SKANDIA nunca ha administrado dichos riesgos de invalidez, sobrevivencia y el porcentaje destinado para dichos seguros

previsionales ya fue pagado una aseguradora que se llamó a juicio en el presente proceso, motivo por el cual se causa un perjuicio económico a la AFP, toda vez que tiene que retornar el dinero de los cuales se benefició la demandante durante el lapso de afiliación.

Finalmente señaló, existen varios pronunciamientos de los tribunales de varias ciudades, como Medellín, siendo importante indicar que en radicado 0152 1019 531, se manifestó que no hay lugar a imponer condena por concepto indexación, teniendo en cuenta que a la administradora de fondos de pensiones se le impuso la obligación de devolver la compensación con la totalidad de las cotizaciones con motivo de la afiliación de la demandante sin descuento alguno, incluyendo rendimientos generados, concepto que puede compensar la devaluación que hubiese sufrido por el lapso del tiempo.

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante MARIA CONSUELO MONTES DE ÁLZATE en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (*Archivo 01 expediente digital, páginas 5 y 6*) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (*Archivo 01 expediente digital, páginas 2 a 5*), aspirando:

PRIMERA: SE DECLARE que la **AFP PORVENIR S.A** faltó al deber de informar de manera clara, completa, veraz, oportuna adecuada, suficiente y cierta respecto a las implicaciones que tenía el cambio de régimen de pensión y en general sobre las prestaciones económicas que obtendría en el régimen de ahorro individual con solidaridad; los riesgos, beneficios y desventajas.

SEGUNDA: Como consecuencia de lo anterior que se **DECLARE** la ineficacia del traslado de mi poderdante del **REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA** al **REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD** por resultar **INEFICAZ** la afiliación a la **AFP PORVENIR S.A**

TERCERA: DECLARAR que los subsiguientes traslados entre administradora resultan igualmente ineficaces y no producen ningún efecto jurídico alguno.

CUARTA: DECLARAR que para todos los efectos jurídicos la parte actora siempre ha permanecido el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por **COLPENSIONES** y advirtiendo que no existió solución de continuidad en la afiliación ya que el traslado al régimen de ahorro individual no puede producir efectos jurídicos al no haberse realizado en forma libre y espontánea.

QUINTA: SÍRVASE ORDENAR a la **AFP PORVENIR S.A.** la devolución a **COLPENSIONES** de todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y devolución de los gastos de administración que han sido descontados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de las administradoras.

SEXTA: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** reactivar la afiliación del demandante, considerando que para los efectos legales siempre ha estado vinculado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, recibir los aportes y rendimientos devueltos por la **AFP PORVENIR S.A** actualizar, corregir la historia laboral y ponerla a disposición del demandante.

SEPTIMA: CONDENAR a las demandadas a pagar los costos y agencias derecho al demandado.

OCTAVA: se condene extra y Ultra Petita.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declararon no probadas las excepciones formuladas por las demandadas y probada la excepción formulada por la llamada en garantía denominada “Inexistencia de derecho contractual por parte de la AFP Skandia S.A.”, se declaró la nulidad del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante MARÍA CONSUELO MONTES DE ÁLZATE a través de PORVENIR S.A., de fecha 14 de octubre de 2005, así como sus posteriores traslados entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Como consecuencia de lo anterior, se condenó a PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos. Así mismo, se ordenó trasladar las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la demandante ha estado afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por PORVENIR S.A. con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse

esta orden, los conceptos deberán aparecer debidamente discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, Ingreso Base de Cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen, se condenó a la demandada SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas deducidas por concepto de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. con cargo a sus propios recursos, se ordenó a la demandada COLPENSIONES a recibir a la demandante MARÍA CONSUELO MONTES DE ÁLZATE como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara nulo. Para el efecto COLPENSIONES deberá actualizar la Historia Laboral de la demandante incluyendo los tiempos cotizados a través de las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se absolvió a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. y se condenó en costas.

Fundamentó su decisión en la línea jurisprudencial instituida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en las que se estableció el alcance del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen cuando las AFP no acaten ese deber y por ende no se acredite la existencia de un consentimiento informado, situación que en autos no se acreditó.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002⁴.

⁴ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 15 de diciembre de 1952 (*Páginas 20 y 21, Archivo 01, Expediente Digitalizado*), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2009, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 24 de marzo de 2022 (páginas 26 a 29 del archivo 01), esto es, cuando ya había cumplido la edad para adquirir el derecho pensional y, otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba con **182,14** semanas de servicios prestados (*Archivo 04 expediente digital pág. 117*)⁵, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

En este orden de ideas, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **14 de octubre de 2005** con fecha de efectividad a partir del **1º de diciembre de 2005** (*Páginas 81 y 80 archivos 04 del expediente digital*) por afiliación que hiciera PORVENIR,

2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

5

HISTORIA HASTA 31/03/1994						HISTORIA TOTAL					
LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS		LABORADOS		LICENCIAS / MORAS		SIMULTANEOS	
Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas	Días	Semanas
1275	182.14	0	0.00	0	0.00	2846	406.57	0	0.00	0	0.00
TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS						TOTALES : LABORADOS-LICENCIAS-SIMULTANEOS					
DIAS: 1275		SEMANAS: 182.14		DIAS: 2846		SEMANAS: 406.57					
El número de semanas se calculó con días calendario											

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
7018200274	COLEGIO ANTONIA SANT	11/02/1985	02/03/1985	\$14.610	2,86	0,00	0,00	2,86
7018200274	COLEGIO ANTONIA SANT	06/02/1986	01/08/1986	\$17.790	25,29	0,00	0,00	25,29
7016200145	COODECALDAS LTDA	06/10/1989	19/02/1991	\$79.290	71,71	0,00	0,00	71,71
7018200283	COL NTRA SRA DEL ROS	02/03/1992	30/11/1992	\$136.290	39,14	0,00	0,00	39,14
7018200283	COL NTRA SRA DEL ROS	02/02/1993	30/11/1993	\$197.910	43,14	0,00	0,00	43,14
7018200589	CORP.P.EL DESARROLLO	06/04/1994	30/11/1994	\$350.000	34,14	0,00	0,00	34,14

específicamente conforme a la información consignada en el reporte SIAFP y en el formulario de afiliación suscrito con esa AFP.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión “*libre y voluntaria*” contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

“Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que, por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.

Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias.”

En tal sentido, “es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez” (SL1688 de 2019).

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁶, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.”

Frente a este respecto, además, esa alta Corporación en sentencia SL-1948 de 2021 tuvo la oportunidad de precisar que la consecuencia de la inobservancia del

⁶ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

deber de información debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC). Así, discurrió:

“1. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen

Al contestar la demanda, Colpensiones sostuvo que en este asunto no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la actora del régimen público de pensiones al privado, en la medida que no se demostró un vicio del consentimiento en la modalidad de error, fuerza o dolo.

Ahora bien, el a quo declaró la nulidad de la afiliación de la demandante, pues, en su sentir, el «acto no existió y no puede causar ningún tipo de consecuencia, incluso desfavorable». En esa línea, condenó a Colfondos S.A. a devolver «todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de (...) LILIANA ANGULO RUIZ como comisiones, costos cobrados por administración, sumas adicionales, bonos pensionales de ser el caso, de conformidad con el art. 1746 que se hubieren generado junto con sus rendimientos», e impuso a Colpensiones la obligación de recibirlos y hacer los ajustes pertinentes en la historia laboral de la actora, sin solución de continuidad; esto es, «como si esa afiliación nunca hubiese existido».

De ahí que le corresponda a la Sala precisar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto.

*Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (*vuelta al status quo ante*, art. 1746 CC).*

[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 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».

Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido

consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019)”.

En ese orden, no se trata de analizar la presencia de vicios que conlleven a la nulidad del negocio jurídico, sino de establecer el cumplimiento del deber de información como condición de eficacia del traslado de régimen pensional, razón por la cual, no se requiere la acreditación en este juicio de la presencia de vicios que invaliden el consentimiento.

Ahora bien, sobre esta temática igualmente, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe

presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al fondo accionado PORVENIR.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁷, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y en las

⁷ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.

“(…).

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

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

(…).

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 (…)

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, con ninguno de los medios de prueba acopiados en el expediente se acredita el suministro de información en los términos aquí referidos, pues en manera alguna se evidencia en el plenario que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la accionante⁸ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado de régimen pues se limitó a indicar que le informaron que el extinto ISS se acabaría, que tendría mejores rendimientos en PORVENIR, siendo más rentable por la mesada pensional que recibiría y que se podría pensionar con antelación con una mesada alta.

Nótese, de lo relatado por la demandante no es posible colegir de forma alguna que haya confesado la recepción de una información, clara, oportuna y certera y muchos menos que la AFP PORVENIR haya cumplido con su obligación de buen consejo, pues lo único que advierte la Sala es una labor de publicidad y promoción de los fondos privados donde se enfatizó en las supuestas bondades del RAIS y la posibilidad de recibir beneficios económicos por la decisión de vinculación que tomaran los potenciales afiliados, sin que en esa labor se tomará en cuenta la responsabilidad social que tenían las AFP desde su creación.

Ahora, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de

⁸**Interrogatorio de parte demandante, récord 0:14:56, archivo 21:** “Soy psicóloga con especialización en riesgos profesionales y riesgos psicosocial, soy independiente de terapia en apoyo psicológico, no estoy pensionada, en octubre de 2005 fue una reunión que nos convocaron al grupo que estábamos en una Cooperativa llegó un funcionario y dijo que el ISS se acabaría y que debíamos pasarnos a un fondo privado, yo le cálculo entre 8 o 10 minutos, fue un momento de información que se acababa el Seguro Social y que era ventajoso entrara a Porvenir, nos daban la seguridad que si se acababa el Seguro Social nos daban la pensión, fue una reunión rápida y fugaz, dijeron que pasaba a Colpensiones y que esa era la sumatoria para tener la pensión, no me hablaron sobre rendimientos, aportes, herencia, fueron como 8 o 10 minutos, fue corta la reunión, ellos hacían todas las vueltas donde yo trabajaba, a nosotros nos llevaban todo listos para firmar, yo creí de que con Porvenir tenía una posibilidad de ahorro y aumento de la mesada, no me indicaron los factores que influían, me faltó información, mucha más, en absoluto me indicaron que podía retractarme, yo ya tenía 52 años, ni siquiera me dijeron algo, no me informaron algo, yo mire como estaba mi fondo y Porvenir me dijo que no tenía todas las porputas que yo tenía, no tenía la seguridad con el salario mínimo, no me encontré conforme con la explicación que me dieron, el asesor me dijo que tenía 2 opciones, una la demanda, que por eso me dirijo al Doctor y le pregunte cómo era todo para devolverme a Colpensiones, eso nos pasó a todo el grupo de la empresa con quienes trabajaba, no he radicado queja por la falta de información, en el 212 me afilié a Skandia porque empecé a trabajar con una UTL prestando asesoría y todos los papeleos eran en Bogotá y yo vivía en Manizales, cuando hacen el posicionamiento lo único que el pasan a uno son papeles para firmar, llamé a Skandia y me pasan un asesor y durante ese mismo año me devolvieron a Porvenir, la estadía fue muy poca, por eso me devolvieron a Porvenir, ellos no me daban las garantías que necesito para pensionarme, solo les pedí el favor que me devolvieran ahí porque tenía en el 2005 la creencia y confianza de que me iba a pensionar bien ahí, me motiva presentar la demanda cuando me acerco a Porvenir y me dicen que no requiero las semanas y que necesitaba más semanas para poderme pensionar, yo asombrada porque venía trabajando desde el 75 y creía que tenía las semanas yo pregunté por qué con ese salario y ahí es donde me dicen que debo interponer una demanda”, lo que estaba cotizando me daba en 3 millones y poco y ahora 1 smmlv”.

afiliación a PORVENIR (*Página 81 Archivo 04 expediente digital*), este no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierten ausentes en el plenario.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones PORVENIR proporcionara a la afiliada una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. No obstante, esa administradora no logró demostrar, como era su deber, que suministró a la convocante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó la adecuada y completa ilustración a la demandante al momento de trasladarse, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación al que se hizo mención, porque allí se deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a esa AFP de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.

Aquí también debe resaltar esta Sala, el deber de información existe desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones. Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y tal como se dejó sentado de manera precedente, ha explicado de forma detallada y reiterada que desde la implementación del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones y por ende de los fondos privados se estableció en cabeza de éstos 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.

Así, por ejemplo, en sentencia SL1688-2019 reiterada en la SL-3708-2021 y SL-3199-2021, entre muchas otras, expuso lo siguiente:

“1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que, si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

...

En armonía con lo anterior, 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 entidades 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».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «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».

Además, ilustró las diferentes etapas del deber de información, así:

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

Como se ve, ya para el año 2005 cuando se produjo el traslado del aquí demandante, la AFP PORVENIR estaba en la obligación de informar a su futura afiliada sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pero ello en el asunto no ocurrió o, por lo menos, no se acreditó.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (**solicitud del 14 de octubre de 2005 y efectiva el 01 de diciembre de 2005**), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia, no obstante, conforme lo visto se modificará el numeral segundo de la decisión de primer grado, únicamente para establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un **TRASLADO INEFICAZ**, al tenor de lo señalado por la Corte suprema de justicia en la sentencia SL. 12136 de 2014.

Por otro lado, es menester precisar, no tiene incidencia alguna que la actora no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen. Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

Ahora, en relación con el principio de la relatividad jurídica alegado en la alzada por COLPENSIONES, consistente en que los terceros no pueden interferir en convenios de los que no son parte, debe indicarse aunque Colpensiones no intervino de manera directa en el acto jurídico de traslado, no puede perderse de vista que en la actualidad dentro de la estructura del sistema de pensiones es la única entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, siendo de contera la llamada a recibir nuevamente al demandante como su afiliada.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR S.A. de los aportes efectuados junto con sus rendimientos, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora ha estado afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por PORVENIR S.A. con cargo a sus propios recursos, conceptos que, al momento de cumplirse esta orden, deberán aparecer debidamente discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, Ingreso Base de Cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Asimismo, SKANDIA S.A como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora (*ver SIAFP pág. 80, Archivo 04 expediente digital*), deberá trasladar con destino las sumas deducidas por concepto de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados con cargo a sus propios recursos, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

No obstante, debe precisarse ésta Sala de Decisión adicionará el numeral cuarto de la sentencia de primer grado en virtud del grado jurisdiccional de Consulta que se surte en favor de Colpensiones, en cuanto a que SKANDIA deberá retornar los **bonos pensionales, rendimientos y aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima** debidamente indexados e igualmente, estos conceptos deberán aparecer **discriminados** con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Respecto a PORVENIR, deberá retornar los bonos pensionales debidamente indexados y discriminados.

Así lo consideró el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL-2877 de 2020 en la cual sostuvo:

«(...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones».

Con relación a la orden de disponer el pago debidamente indexado, siendo un punto apelación por parte de PORVENIR y SKANDIA, es importante señalar que para la calenda en la que se trasladen esos recursos, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dicho valor habrá perdido poder adquisitivo, de allí que sea procedente su indexación, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

Así lo adocrinó recientemente la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL359 de 2021, reiterada en la SL859 de 2021. En la primera providencia anotada, el órgano de cierre de esta jurisdicción consideró:

«Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.»

En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibidem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.

Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real» (Negrillas de la Sala).

En punto a la indexación de los gastos de administración, en un caso similar al de autos en el que se resolvió lo atinente a la ineficacia de traslado, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en providencia SL 3207, Radicación N° 83586 del 18 de agosto de 2020, indicó:

«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

*Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos, **se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados**, junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor» (Negrillas y subrayas fuera de texto).*

Precisando, respecto de la devolución de los rendimientos, gastos de administración, comisiones y seguros previsionales, punto de apelación de PORVENIR y SKANDIA, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos conceptos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las

sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

«Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

[...]

La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada».

Igualmente, en la sentencia CSJ SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, se expuso:

«Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, (...) que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (...)».

Por otro lado, conviene precisar, en autos no tiene relevancia la financiación del sistema o que la convocante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Advirtiéndose en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan *“el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”* (Sentencia SL2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020).

Es de advertir a PORVENIR y SKANDIA en punto a la apelación, las decisiones proferidas en similares asuntos por otras Salas de Decisión de diferentes Tribunales no resultan aplicables, pues en sentir del órgano de cierre de esta jurisdicción, entre otras en sentencias STL 2416 de 2017 radicado 46128 y SL 4099 de 2019 radicado 59449, se advierte que el llamado precedente horizontal hace referencia a decisiones tomadas por la misma sala de decisión, en cuanto estas sean consistentes y uniformes, de conformidad con lo previsto por el artículo 228 de la Constitución Política.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES⁹ (Página 68 a 69 Archivo 05 expediente digital), entidad ésta última a favor de quien se surte la consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para

⁹ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 22 de agosto de 2022, archivo 12 expediente digital.

declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la encartada, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, conforme las motivaciones que preceden, se adicionará en los puntos expuestos y se confirmará la sentencia de primer grado en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juez 32 Laboral del Circuito de Bogotá para establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino únicamente en un **TRASLADO INEFICAZ**, al tenor de lo señalado por la Corte suprema de justicia en la sentencia SL. 12136 de 2014, de conformidad con las motivaciones precedentes.

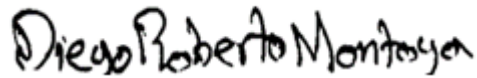
SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia en su numeral **CUARTO**, en el sentido de **CONDENAR** a SKANDIA S.A. a retornar los **rendimientos y aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima** debidamente **indexados** e igualmente, estos conceptos deberán aparecer **discriminados** con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, conforme a lo considerado.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia en su numeral **TERCERO**, en el sentido de **CONDENAR** a PORVENIR S.A. a retornar los bonos pensionales debidamente indexados y discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, conforme a lo considerado.

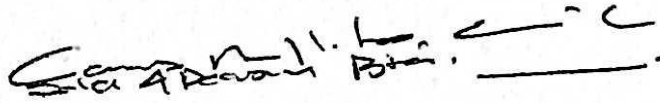
CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN



CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA