



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE SANTA ROSA DE VITERBO

SALA ÚNICA

EDICTO No.138

LA SUSCRITA SECRETARIA DE LA SALA ÚNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA ROSA DE VITERBO, POR MEDIO DEL PRESENTE EDICTO NOTIFICA A LAS PARTES LA PROVIDENCIA DE FECHA DOS (02) DE NOVIEMBRE DE 2023 QUE EMITE SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA DICTADA DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL:

RADICACIÓN : 15759-31-05-002-2021-00238-01
DEMANDANTE(S) : LIBARDO PALACIOS GUTIÉRREZ
DEMANDADO(S) : COLPENSIONES Y OTROS
FECHA SENTENCIA : 2 DE NOVIEMBRE DE 2023
MAGISTRADO(A) PONENTE : Dr. JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL

EL PRESENTE EDICTO SE FIJA EN LA PÁGINA WEB DE LA SECRETARÍA DE LA SALA ÚNICA POR UN (1) DÍA HÁBIL, HOY 03/11/2023 a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del C.P.T.S.S., en concordancia con el artículo 40 ibídem y la notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de la fijación del Edicto.


RUTH ALCIRA COMBARIZA ROJAS
Secretaria

El presente EDICTO se desfija hoy: 03/11/2023 a las 5:00 p.m.


RUTH ALCIRA COMBARIZA ROJAS
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL SANTA ROSA DE
VITERBO SALA UNICA**

SALA DE DISCUSIÓN 2 DE NOVIEMBRE DE 2023

MAGISTRADO PONENTE: JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL

Santa Rosa de Viterbo, jueves, dos (2) de noviembre de dos mil veintitrés (2023), se reunieron los suscritos Magistrados integrantes del Tribunal Superior del Distrito Judicial, doctores GLORIA INÉS LINARES VILLALBA, y JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL, quien preside el acto como Magistrado Ponente, con el fin de estudiar el proyecto laboral con radicado 157593105002202100238 01 siendo demandante LIBARDO PALACIOS GUTIÉRREZ y demandado COLPENSIONES Y OTROS, proyecto que fue aprobado por la mayoría de la Sala. Estando el Magistrado EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA con ausencia justificada.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Jorge Enrique Gómez Ángel'.

JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL
Magistrado Ponente

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Gloria Inés Linares Villalba'.

GLORIA INÉS LINARES VILLALBA
Magistrada

EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado
Con ausencia justificada

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL SANTA ROSA DE VITERBO SALA ÚNICA

Patrimonio Histórico y Cultural de la Nación
Ley 1128 de 2007

RADICACIÓN:	157593105002202100238 01
PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
JUZGADO:	JUZGADO SEGUNDO LABORAL CIRCUITO DE SOGAMOSO
INSTANCIA:	SEGUNDA – APELACION
PROVIDENCIA:	SENTENCIA
DECISION:	MODIFICA Y CONFIRMA
DEMANDANTE:	LIBARDO PALACIOS GUTIÉRREZ
DEMANDADO:	COLPENSIONES y otros
APROBACIÓN:	Sala de discusión 2 noviembre 2023
M SUSTANCIADOR:	JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL Sala Segunda de Decisión

Santa Rosa de Viterbo, jueves, dos (2) de noviembre de dos mil
veintitrés (2023)

Procede este Tribunal Superior del Distrito Judicial, a resolver el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 24 de julio de 2023 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Sogamoso, observándose cumplidos los presupuestos procesales, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado.

1. ANTECEDENTES RELEVANTES:

1.1. El 27 de octubre de 2021 mediante apoderado judicial Libardo Palacios Gutiérrez, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora de Pensiones “Colpensiones”, el Fondo de Pensiones y Cesantías Santander hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y Fondo de Pensiones y Cesantías BBVA Horizonte Administradora hoy Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

1.2. Como **sustento fáctico** expresó:

1.2.1. Que nació el 29 de julio de 1962, que se afilió el 6 de febrero de 1985 al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, que el 28 de julio de 2003 se le hizo firmar un contrato de Afiliación de Pensiones y Cesantías Santander hoy Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. que posteriormente el 28 de septiembre de 2005 se le hizo firmar un contrato de afiliación al Fondo

de Pensiones y Cesantías BBVA Horizonte hoy Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. Que los fondos de pensiones demandados no le informaron sobre los regímenes pensionales, los beneficios y desventajas de afiliarse a cada una de ellas, haciéndolo incurrir en error y viciar el consentimiento al momento de firmar la afiliación de traslado en 2003 y 2005.

1.2.2. Que en el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. cotizó 100 semanas aproximadamente, que para el 22 de febrero de 2021 en el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir SA contabilizaba aproximadamente 772 semanas, y que en el régimen de prima medio cotizó aproximadamente 341 semanas, para un total de 1.213 semanas.

1.3. Pretensiones:

1.3.1. Solicitó se declare la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones al régimen de ahorro individual con solidaridad Administrado por el fondo de pensiones y cesantías Protección S.A. y así mismo se declare la ineficacia del contrato de afiliación suscrito con el fondo de pensiones y cesantías Porvenir S.A. y se condene al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, todos los aportes que hubiese recibido con motivo de su afiliación, todos los rendimientos que se hubiesen causado como cotizaciones, bono pensional, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses, los cobros por administración que deberán integrarse a la masa de aportes y rendimientos financieros que se devuelvan a Colpensiones, y así mismo se condene a Colpensiones a aceptar los aportes del Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y Porvenir S.A.

1.4. Trámite:

1.4.1. Mediante auto del 16 de noviembre fue inadmitida la demanda, subsanada en término y admitida el 29 de noviembre de 2021, ordenándose correr traslado a los demandados Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A., así como la notificación del auto en mención al Director de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

1.4.2. El **Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.** por apoderado judicial contesto la demanda, como consta en el expediente, manifestó que se

oponía a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, que la vinculación realizada estuvo precedida de información clara, precisa, de fondo, veraz, oportuna y suficiente en relación con los efectos jurídicos, las prestaciones que otorga, las modalidades para acceder al reconocimiento pensional, las ventajas, desventajas y en general la regulación a la materia pensional, expuso que el demandante solicitó de manera libre y voluntaria la afiliación a la AFP Santander, hoy AFP Protección S.A. en la cual no obra constancia de situación de anomalía o constreñimiento, que no se presentó ningún tipo de vicio de consentimiento: presentó las **excepciones de mérito** que denominó *1. Declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP, 2. Buena fe por parte de AFP Protección S.A. 3. Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, 4. 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, 5. Prescripción 6. Excepción genérica.*

1.4.3. La **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**, contesto la demanda como consta en el expediente por apoderado judicial, se opuso a todas las pretensiones declarativas y condenatorias de la demanda, alegando que existe legalidad en la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, que el mismo se hizo por la voluntad del cotizante, que no se presentó vicios en el consentimiento, que el demandante suscribió los formularios de manera libre, espontánea y voluntaria, que no existió nulidad alguna, que el actor decidió continuar afiliado más de quince (15) años acatando y sometiéndose a las consecuencias o manejo de aportes al arbitrio del régimen de ahorro individual y de las AFP referida; que en el presente caso el demandante se encuentra inmerso en la prohibición del traslado en razón a que le queda menos de diez (10) años del cumplimiento de la edad, que por lo tanto no es viable el retorno al régimen de prima media, que no tiene legitimación en la causa por pasiva, alegando la inexistencia de la obligación, que el error de derecho no vicia el consentimiento, imposibilidad del traslado, presunción de legalidad de los actos jurídicos, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, Inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional, enriquecimiento sin justa causa, improcedencia de costas e intereses en contra de Colpensiones, prescripción de la acción, y la innominada o genérica.

1.4.4. La **Sociedad Administradora de Fondos y de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** en su contestación manifestó oponerse a todas y cada una de las pretensiones, expuso que no hay razón para decretar la ineficacia o la nulidad del traslado de régimen pensional, expresó que la misma se hizo de forma consciente y voluntaria, que el traslado es completamente válido, que cumplió con la normatividad entonces vigente y que sobre el mismo no pesa ningún vicio u omisión que lo invalide, que se cumplió con la obligación de dar la información al demandante en los términos que dicha obligación estaba establecida, presentó excepciones de mérito las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

1.4.5. Por auto de 1 de septiembre de 2022, el *a quo*, tuvo por contestada la demanda dentro del término legal por parte de las demandadas Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, de la AFP Santander hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y de la AFP BBVA Horizonte hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

1.4.6. En audiencia celebrada el 24 de mayo de 2023 se declaró fracasada la etapa conciliatoria, se fijó el litigio, se dictó el decreto probatorio, se recibió el interrogatorio al demandante y se señaló fecha para el 24 de julio hogaño, para realizar la audiencia del artículo 80 del Código de Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

1.4.9. El 24 de julio de 2023, el juzgado de conocimiento cerró el debate probatorio y profirió la sentencia de primera instancia.

1.5. Sentencia de primer grado¹ en la que declaró la ineficacia de la “*afiliación y traslado*” del actor del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad actualmente Protección S.A. condenó a las AFP demandadas Protección S.A. y Porvenir S.A. a realizar la devolución íntegra del capital ahorrado más sus rendimientos financieros sin la indexación de los gastos de administración, ordenó a

¹ PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL EFECTUADO POR EL DEMANDANTE LIBARDO PALACIOS GUTIÉRREZ DEL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA, CON PRESTACIÓN DEFINIDA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD ADMINISTRADO EN SU MOMENTO POR PENSIONES Y CESANTÍAS. SANTANDER ACTUALMENTE PROTECCIÓN SA. SEGUNDO: CONDENAR A LAS AFP DEMANDADAS PROTECCIÓN S.A Y PORVENIR. S.A EFECTUAR LA DEVOLUCIÓN ÍNTEGRA DEL CAPITAL AHORRADO MÁS SUS RENDIMIENTOS FINANCIEROS, ASÍ COMO LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN EN LA FORMA COMO SE SEÑALÓ EN LA PARTE MOTIVA DE ESTE FALLO SIN INDEXACIÓN DE ESTOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN. TERCERO: ORDENAR A LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES A ACTIVAR NUEVAMENTE LA AFILIACIÓN DEL DEMANDANTE LIBARDO PALACIOS GUTIÉRREZ, QUE VIENE VIGENTE EN EL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES Y ACTUALMENTE EN COLPENSIONES DESDE EL 17 DE DICIEMBRE DE 1980, SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD Y A EFECTUAR LA ACTUALIZACIÓN DE LA HISTORIA LABORAL DEL DEMANDANTE, INCLUYENDO LAS SEMANAS COTIZADAS EN EL RAIS UNA VEZ A LAS AFPT DEMANDADAS HAYAN CUMPLIENDO LA OBLIGACIÓN IMPUESTA EN ESTA SENTENCIA. CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LAS DEMANDADAS. QUINTO COSTAS A CARGO DE LAS DOS AFP DEMANDADAS PORVENIR Y PROTECCIÓN. AGENCIAS EN DERECHO EN ESTA INSTANCIA, EL EQUIVALENTE A UN SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE, DISTRIBUIDO EN PROPORCIONES IGUALES EN LAS DOS DEMANDAS.

Colpensiones activar la afiliación y realizar la actualización de la historia laboral incluyendo las semanas cotizadas en el RAIS, declaró no probadas las excepciones propuestas por los demandados, y condenó en costas a cargo de las demandadas Protección S.A. Y Porvenir S.A.

1.5.1. La decisión de instancia **se argumentó**, en que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha consolidado una línea jurisprudencial para resolver el asunto, referenció las SL 1452 de 2019, SL 4360 de 2019, SL 932 de 2023, SL 1085 de 2023, SL 1464 de 2023, SL 1465 de 2023, SL 4380 de 2021, las que han establecido cinco reglas sobre el asunto, así: *1. Que de la creación de las administradoras de fondos de pensiones con la expedición de la Ley 100 de 1993, estas tienen del deber de brindar información a los afiliados o usuarios sobre el sistema pensional, 2. Que el grado de intensidad de esta obligación sea transformado con el paso del tiempo de modo que corresponde a los jueces evaluar su cumplimiento con el momento histórico en que había de cumplirse. 3. Que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el cumplimiento del deber de información y por tanto se requiere de un consentimiento informado 4. La carga de la prueba de este consentimiento informado corresponde al fondo de pensiones 5. La violación del deber de información puede darse incluso si la persona tiene o no consolidado un derecho y si es o no beneficiario del régimen de transición esté o no cerca de pensionarse”.*

1.5.2. Que el numeral 1 del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, impone a la obligación de dar a los usuarios la información necesaria para dar transparencia en la operación financiera y que las AFP deben dar cumplimiento a dichos postulados a fin de que el usuario pueda orientarse hacia la mejor opción del mercado, que el artículo 48 de la Constitución Política establece el derecho fundamental a la seguridad social por lo que debe ser tratado con mayor relevancia, que los afiliados tienen derecho a seleccionar cualquiera de los dos regímenes pensionales de manera libre y voluntaria conforme lo establece el artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993. Que se le debe enterar al posible afiliado sobre todas las consecuencias de su afiliación, diferencias entre los dos regímenes, efectos y riesgos de la afiliación, los beneficios que eventualmente va a sacrificar con el traslado y los beneficios que a su turno gana en el nuevo régimen, así como

las diferencias en las formas de capitalizar su pensión en los dos regímenes que son totalmente diferentes.

1.5.3. Expresó que el demandante se afilió al Instituto de Seguros Sociales administrador del sistema de prima media con prestación definida, el 17 de diciembre de 1980, y hasta el 31 de julio de 2003, al que cotizó un total de 393 semanas, que estaba afiliado a este régimen pensional cuando entró en vigencia el sistema general de pensiones, que el 28 de julio de 2003, suscribió el formulario de afiliación a Pensiones y Cesantías Santander hoy Protección S.A. y que posteriormente se afilió al Fondo de Pensiones y Cesantías denominado hoy Porvenir S.A. que la carga de prueba de haber cumplido con ese deber de información está en la AFP en la cual se materializó el traslado actualmente Protección S.A. y que dicha carga probatoria no se cumplió, que al no existir prueba del cumplimiento del deber de informar se incurrió en violación del derecho del afiliado conforme al artículo 13 de la Ley 100 de 1933, que acarrea necesariamente la consecuencia jurídica del artículo 271 de la misma Ley, y que del interrogatorio del demandado no se logró obtener prueba de confesión del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP, lo que conlleva a la pérdida de la eficacia del traslado de régimen pensional, de tal manera que tienen que volver las cosas a su estado inicial, es decir como si nunca se hubiera dado el traslado y el demandante debe volver al régimen de prima media con prestación definida.

1.5.4. Que la jurisprudencia ha establecido que los recursos comisiones, porcentajes destinados a la compra de seguros y reaseguros provisionales, así como lo destinado al sostenimiento del fondos de garantías de la pensión mínima deban devolverse, incluso con el poder adquisitivo recuperado, por no existir estos elementos en el régimen de prima media con prestación definida, que el juez tiene un concepto diferente respecto de la devolución indexada de dichos elementos de la cotización, expuso que de acuerdo a la prueba aportada por Porvenir del capital total el 52% corresponde los aportes y el 48% corresponde a los rendimientos financieros, que esos rendimientos son imposibles de alcanzar con un capital estático depositado en el fondo público, por lo que consideró que no deben ser indexados los gastos de administración que deben ser devueltos en su totalidad tanto por Protección S.A. como por Porvenir S.A. del tiempo que estuvieron administrando las cotizaciones del demandante; así mismo declaró no probadas las excepciones propuestas por los demandados.

1.6. Apelación:

1.6.1. La apoderada judicial del **demandante** interpuso recurso de apelación manifestando su reparo puntualmente respecto del numeral 2 de la sentencia, frente a la no indexación de los valores por parte de las demandadas, expuso que para los afiliados estos dineros son la base o el soporte financiero pensional, que sin esos dineros se estaría contradiciendo la finalidad de la solidaridad de la seguridad social, que estos recursos tienen como destinación el pago de la pensión, que el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social hace referencia a las implicaciones de la declaratoria de la nulidad(sic), que esto lleva intrínsecamente a volver las cosas a su estado anterior, que si se presenta mala fe por parte de las AFP deben devolver todos los frutos, rendimientos y aportes que se hayan generado a Colpensiones, referenció normatividad y jurisprudencia que sustentan su dicho, señaló que en caso que el demandante hubiera tenido el conocimiento suficiente sobre las ventajas y desventajas sobre los dos regímenes hubiera tomado una decisión mas consciente en beneficio de su pensión.

1.6.2. El apoderado judicial de **Colpensiones** interpuso recurso de apelación, reparó frente a la declaración de ineficacia y frente a la falta de pago de la indexación de las sumas que se ordenan trasladar, respecto al primer reparo arguyó que existe una prohibición legal regulada en la Ley 797 de 2003, que para la entrada en vigencia del sistema general de pensiones el accionante no tenía los quince (15) años de cotización, que por lo tanto le es aplicable la prohibición de traslado aunado a que a la fecha ya cuenta con el requisito de la edad, y frente al segundo reparo sostuvo que no está de acuerdo con la no indexación de los valores que fueron recaudados, en razón a que se afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, que el mismo se garantiza en la medida que a través de medios jurídicos y financieros permiten pagar mes a mes a una mayor cantidad de pensionados y obtener un ahorro para el sostenimiento de pensiones futuras, que cuando se presenta una orden de traslado sin que las sumas deban ser indexadas afectan el principio de sostenibilidad financiera.

1.7. Traslados:

1.7.1. Mediante providencia de 31 de agosto de 2023 se dio traslado a las partes para alegar conforme a lo dispuesto por el numeral 1° del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022. Una vez vencido el termino de traslado según obra en constancia secretarial de 28 de septiembre de 2023, la no recurrente Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. allego escrito.

1.7.2. La no recurrente **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** manifestó en sus alegatos que, si bien no interpuso recursos de apelación frente a la condena impuesta, solicita revocar la sentencia por considerar que no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen, manifestó que el traslado efectuado se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresó en el formulario suscrito, que por tanto reviste de toda validez; que para el momento del traslado la norma que regía es el numeral 1 del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993, y que para dicha fecha no se encontraba en cabeza de la AFP el deber del buen consejo o la doble asesoría, y que tampoco existía la obligación de informar por escrito los beneficios puntuales de cada uno de los regímenes, señaló que el demandante contó con múltiples oportunidades para regresar el RPM, no obstante decidió continuar en el RAIS de manera libre y voluntaria; por otra parte manifestó que los gastos de administración tienen una destinación específica por mandato legal, que dichas sumas ya fueron invertidas que por lo tanto no están en poder de la administradora, que por lo expuesto resulta improcedente la devolución de dichas sumas; señaló que al desestimarse la ineficacia del traslado debe desestimarse la condena en costas, finalmente solicitó revocar la sentencia de primera instancia y absolverla de todas y cada una de las pretensiones y de las condenas impuestas en primera instancia.

2. CONSIDERACIONES PARA RESOLVER:

2.1. La consulta y apelación:

2.1. El inciso tercero del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, dispone la consulta para las sentencias de primera instancia

adversas a la Nación, que fueren desfavorables a los intereses de entidades como Colpensiones, por lo que se procederá en ejercicio del grado jurisdiccional, a revisar la legalidad de la sentencia remitida en consulta por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Sogamoso, así como se resolverá la apelación propuesta por la Demandada Colpensiones y por el demandante.

2.2. Conforme a lo alegado y pretendido, lo que se debe resolver por este Tribunal es: *(i) Si la condena impuesta a las AFP de la devolución de los gastos de administración sin indexación a Colpensiones, se ajusta a derecho o si por el contrario se debe ordenar dicha devolución indexada (iii) La legalidad de la decisión de primera instancia en el ejercicio del grado jurisdiccional de consulta.*

2.2. Sistema general de seguridad social en pensiones:

2.2.1. Este sistema 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 (RPMPD), administrado inicialmente 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), dentro de las cuales se encuentran las hoy demandadas Protección S.A. y Porvenir S.A.

2.2.2. De igual manera y de conformidad con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir *“libre y voluntariamente”* el régimen que mejor le convenga para sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones, siendo uno de los casos el expuesto y reconocido por la jurisprudencia el de la falta de información al momento de la afiliación, o también denominado el conocimiento informado.

2.3. El deber de información a cargo de las administradoras de los fondos de pensiones:

2.3.1. En virtud de lo anterior a través de la Ley 1328 de 2009 se consagró el deber en cabeza de las entidades financieras para con los consumidores en el desarrollo de las relaciones que surgen entre estos, de observar con celo el principio de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, según el cual las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros *información cierta, suficiente clara y oportuna* que permita especialmente a estos últimos conocer adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos de las relaciones que establecen con las entidades vigilantes, muy especialmente lo relacionado con los efectos en el valor de la pensión de vejez en ambos regímenes.

2.3.2. Tal información entendida como *cierta* es aquella en la que el afiliado conoce los detalles y circunstancias legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las situaciones en las que se encontraría al afiliarse al mismo. La información *suficiente* se podría definir como la obligación de dar a conocer al usuario de la manera más explícita posible todo lo relacionado con lo que se pretende adquirir, por lo tanto, las informaciones incompletas deficitarias o sesgadas que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro, es una forma de ineficacia de un acto pues lo podría conducir al error. La información *oportuna*, busca que esta se transmita en el momento que se debe ser, en este caso en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que la persona pueda tomar decisiones a tiempo, puesto que una vez afiliada puede tener limitaciones temporales para el traslado de los dineros cotizados o ahorrados.

2.3.3. Aunado a lo anterior, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que no puede alegarse que exista la manifestación libre y voluntaria del consentimiento cuando la ilustración ha sido genérica² por parte del AFP, puesto que contrario a lo sostenido por las entidades antes señaladas, los efectos son trascendentes inclusive para su bienestar futuro, una llegue a consolidar su derecho pensional.

2.4. El deber de asesoría y buen consejo:

² Sentencia CSJ SL12136-2014. "que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos previsionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito".

2.4.1. Ahora bien, en cuanto al *deber de asesoría y buen consejo*, es preciso indicar que los mismos se impusieron desde de la vigencia de la Ley 100 de 1993. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que, “*i) desde la instauración del sistema integral de seguridad social de la Ley 100 de 1993 se permitió la coexistencia de dos regímenes de pensiones, RPM y RAIS, bajo principios de libre competencia; ii) en ese particular escenario, los afiliados tienen el derecho a afiliarse libremente a uno de esos regímenes y a trasladarse entre los mismos, teniendo en cuenta sus particulares condiciones, intereses y necesidades; iii) no obstante, para que esa decisión sea realmente libre y voluntaria, es menester que los afiliados tengan una especie de libertad informada o consentimiento informado, que solo se logra si las administradoras de pensiones cumplen su deber de suministrar información clara, completa y transparente sobre las consecuencias del traslado, en cuanto a sus ventajas y desventajas; iv) y, para esos fines, no basta con la simple suscripción de un formulario, sino que a la respectiva entidad administradora le asiste la carga de demostrar el cumplimiento efectivo de sus obligaciones, así como su actuar diligente y honesto*³”

2.4.2. Por ello, en sentencia del 8 de mayo de 2019 SL1688 de 2019, radicación No. 68838 con Ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, se concluye que a las AFP les es imperativo, desde su creación, el *deber de suministrar una información necesaria y transparente*, aclarando que con el transcurrir del tiempo esta exigencia pasó a considerarse de ser un deber de información necesaria al de *asesoría y buen consejo*, y *finalmente al de doble asesoría*, incluso, esta misma sentencia respecto al valor probatorio de los formularios de afiliación, ha enseñado que éstos acreditan un consentimiento, pero no informado, puesto que: “*la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado. (...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los*

³ SL1452 de 2019

regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado. Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna”.

2.4.3. Así mismo el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado sin vacilación alguna que el análisis de los hechos previos al traslado, son determinantes para la eficacia del mismo, pues de no haberse verificado la información en la forma como se ha determinado, deviene la ineficacia del traslado, el que puede haber surgido desde el momento de las diligencias iniciales o concomitantes al traslado, o causarse con el transcurso del tiempo, razón por la que el argumento examinado, no puede constituirse como factor suficiente para negar las pretensiones de ineficacia del traslado de Régimen Pensional.

2.5. La carga dinámica de la prueba – inversión a favor del afiliado:

2.5.1. Por regla general quien alega un hecho del cual pretende consecuencias jurídicas, tiene a su cargo la obligación de demostrarlo o acreditarlo probatoriamente, como así lo establece el artículo 167 del Código General del Proceso; sin embargo, en el *sub examine* tanto la legislación probatoria civil como la jurisprudencia laboral ha sido enfática en precisar que esa carga probatoria recae en el fondo de pensiones, premisa que es concordante con lo estipulado en el artículo 1604 del Código Civil, el cual señala que: *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”.*

2.5.2. Al respecto, la jurisprudencia ha dicho que: *“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 cumplimiento⁴.”.

2.5.3. Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, tal regla fue acatada en debida forma por la primera instancia, por tanto, el *a quo* consideró que la AFP que captó al demandado el año 2003 era Santander Pensiones S.A. hoy Protección S.A. la que tenía la obligación de ilustrarlo de las características, condiciones de acceso, y riesgos de cada una de los regímenes pensionales, que existían dos regímenes, incluida la eventual pérdida de los beneficios pensionales, por lo que la carga de la prueba recaía en las demandadas Administradora de Pensiones “Colpensiones”, el Fondo de Pensiones y Cesantías Santander hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y Fondo de Pensiones y Cesantías BBVA Horizonte Administradora hoy Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. cargas con las que no cumplieron cabalmente éstas, no allegándose la prueba que lograra desvirtuar el supuesto de hecho planteado por el demandante, esto es, evidencias respecto a si se le brindó al demandante la información cierta, suficiente, comprensible y oportuna a la hora de persuadirla de trasladarse de régimen, en los que se pudiera proclamar que si el actor hubiere sido informada respecto de los efectos del traslado del régimen de prima media con prestación definida administrada por Colpensiones S.A.

2.5.5. Así, si se tiene que el demandante Libardo Palacios Gutiérrez aseguró en su interrogatorio no haber recibido por parte del Fondo de Pensiones y Cesantías Santander hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y Fondo de Pensiones y Cesantías BBVA Horizonte Administradora hoy Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. una asesoría clara y suficiente acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como las consecuencias financieras que asumiría en cada uno de ellos, como efectivamente ocurrió, entre otras cosas.

2.5.6. Así las cosas, le asistía a los AFP demandados, la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado Libardo Palacios Gutiérrez, elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses, realizando un juicio de

⁴ 3 SL1452 de 2019

conveniencia, mediante un paralelo entre cada uno de los regímenes, exponiendo características, ventajas y desventajas, así como las consecuencias jurídicas del traslado, circunstancia que no se probó en el curso del proceso por parte del Fondo de Pensiones y Cesantías Santander hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y Fondo de Pensiones y Cesantías BBVA Horizonte Administradora hoy Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

2.5.7. De esta forma es posible concluir que Libardo Palacios López, no fue asesorado al tiempo de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no se le explicaron de forma detallada tanto las ventajas como las desventajas que le acarrearía en un futuro el trasladarse del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no contó con un parangón entre ambos regímenes, ni mucho menos pudo conocer al momento del traslado cuál habría sido el valor de su pensión en el sistema público de pensiones, lo cual conlleva a concluir que al no contar con información clara, completa y oportuna, así como sin un claro y serio comparativo de normas que permitiesen a la afiliada conocer el futuro monto de una mesada pensional, no se podría lograr una convalidación real de las ventajas y desventajas de uno y otro, para así a través de la realidad y un juicio claro e imparcial tomar la determinación -al momento de cambiarse de régimen- que más le favoreciera en su futuro pensional.

2.5.8. Por lo antes anotado, esta Sala determinará que existió ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, deprecado por el actor, como quiera que el Fondo de Pensiones y Cesantías Santander hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y Fondo de Pensiones y Cesantías BBVA Horizonte Administradora hoy Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. no cumplió con la carga que se le imponía, esto es, acreditar haber transmitido a la parte actora la información concreta y cierta, acerca de la implicación del traslado de régimen pensional, esgrimiendo como único elemento la libre y voluntaria decisión de traslado por la promotora de la *litis*, sin que existiera una prueba fehaciente que demostrara lo indicado por la entidad Protección S.A., siendo condenada en este caso también Porvenir SA por ser el actual administrador del Fondo de Pensiones del demandante en razón a la afiliación realizada en el 2005.

2.6. De la imprescriptibilidad de la ineficacia del traslado entre Regímenes Pensionales:

2.6.1. Frente a este tópico señalado por el apoderado judicial de la demandada Colpensiones S.A. al recurrir, respecto a que no es posible en el presente asunto declarar la ineficacia del traslado como quiera que la demandante se encontraba inmersa dentro de la prohibición de traslado, pues sostiene se encontraba a menos de diez (10) años del cumplimiento del requisito de su edad pensional y por lo tanto no es viable su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; al respecto, es preciso traer a colación lo mencionado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1197 de 2021 en la que expuso que *«Sobre el particular, la Sala considera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible.»* en la que además arguye *«En efecto, de manera reiterada y pacífica, la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que surjan de ello.»*

2.7.1. De la devolución de los valores a favor de Colpensiones S.A. como consecuencia de la ineficacia del traslado de régimen de pensión y de la no afectación al principio de sostenibilidad financiera:

2.7.1.1. Atendiendo a que es competencia de esta Corporación realizar la consulta de la decisión y así mismo resolver el recurso de apelación que hilvanó la parte demandada Colpensiones y el demandante frente a lo resuelto en el ordinal segundo de la sentencia específicamente frente a la falta de indexación de los gastos de administración, se procederá de conformidad.

2.7.1.2. Según el argumento del *a quo*, la negativa se soportó en la prueba adosada por la AFP Porvenir en audiencia del artículo 80 Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social de la cual una vez valorada, se concluyó que el saldo que reposaba en la cuenta de ahorro individual del demandante, estaba compuesto por un 52 % de aportes y un 48 % de rendimientos, refiriendo que la rentabilidad adquirida no se podía obtener con un capital estático como ocurre en el régimen de prima media con prestación definida, señalando que disponer la

devolución de los gastos de administración indexados, lesionaría el principio de sostenibilidad fiscal del sistema de pensiones.

2.7.1.3. Al respecto, conviene señalar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia es pacífica en considerar que al declararse la ineficacia del traslado, los gastos de administración así como los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual deben ser devueltos debidamente indexados y las administradoras deben asumir el deterioro de dichos recursos, así *“esa declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL SL5595- 2021, CSJ SL2877-2020).”* Subrayado para resaltar.

2.7.1.4. Así entonces, concluye este *ad quem* que el argumento señalado por el juez no se encuentra acorde con la jurisprudencia vigente y que es claro que no se genera una lesión a la AFP ni al sistema de pensiones, por tanto, la devolución indexada se hace con cargo a sus propias utilidades por lo que abra de modificarse el ordinal segundo de la sentencia de 24 de julio de 2023, en el sentido de ordenar la indexación de los gastos de administración.

2.8. Costas en esta instancia:

2.8.1. Para condenar en costas se debe examinar por el juez, si ellas se han causado, puesto que la regla 8ª del artículo 365 del Código General del Proceso solo permite su imposición *“cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*.

2.8.2. Del análisis del expediente durante el trámite de esta segunda instancia, la no recurrente Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir

S.A. hizo uso del traslado, sin embargo, los recurrentes guardaron silencio, por lo que no se hará condena en costas.

3. Por lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

3.1. Modificar el numeral segundo de la sentencia de 24 de julio de 2023 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Sogamoso el cual quedara así "SEGUNDO: Condenar a las AFP demandadas Protección S.A y Porvenir. S.A efectuar la devolución íntegra del capital ahorrado más sus rendimientos financieros, así como los gastos de administración, debidamente indexados".

3.2. En lo demás, confirmar la sentencia consultada y apelada.

3.3. Sin constas en esta instancia.

Ejecutoriada esta decisión, remítase el expediente al juzgado de origen.

Notifíquese y cúmplase,



JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL
Magistrado Ponente



GLORIA INÉS LINARES VILLALBA
Magistrada

EURIPIDES MONTOYA SEPULVEDA
Magistrado
Con ausencia justificada