

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial**Tribunal Superior del Distrito Judicial****Bogotá D. C.****SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CLAUDIA MABEL MORENO PENAGOS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, Y ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:**ANTECEDENTES**

Pretende la señora **CLAUDIA MABEL MORENO PENAGOS**, se **declare** la ineficacia de su traslado y de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), ante la omisión del deber profesional de información de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se **ordene** a Colpensiones activar su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM); se **ordene** a la AFP Porvenir S.A., devolver a Colpensiones todos los dineros que recibió con motivo de su afiliación, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubiesen causado, gastos de administración o cualquier otro, y la disminución en su capital de financiación de la pensión; se **condene** a la AFP Porvenir S.A., en caso de haberse otorgado previamente pensión, se siga pagando la misma hasta tanto, sean trasladados los recursos a Colpensiones para financiar la deuda pensional y sea incluida en nómina de pensionados por esa entidad, con el propósito de que la demandante no quede desprotegida de su derecho pensional; y se **condene** a las demandadas ultra y extra petita y a las costas del proceso.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 2-39), señaló en síntesis que se afilió al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 5 de marzo de 1991; que el 15 de septiembre de 1999 se trasladó al RAIS afiliándose a la AFP Porvenir S.A.; que el promotor de esa AFP solo se limitó a llenar un formato preestablecido para la afiliación, pero sin entregarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto a las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el RAIS versus las consecuencias negativas o específicas de abandonar el RPM, y sus implicaciones sobre los derechos que debía tener en cuenta para tomar la decisión del cambio del régimen de pensiones.

Narró que la AFP Porvenir S.A., no le entregó proyecciones, ni comparativos de lo que sería el valor de la pensión en los dos regímenes; no puso de presente la tabla de mortalidad de rentistas conforme la cual se liquidaba las pensiones y de la que dependía el valor de su mesada; no le explicó que si quería pensionarse antes de la edad requerida o en forma anticipada debía negociar el bono pensional y esa situación traería como resultado la disminución del valor de su prestación; no le indicó que si tenía cónyuge o compañero(a) permanente, o un hijo discapacitado o menor de edad al momento de liquidar su pensión la cuantía sería menor que en el RPM, porque esta se calcularía teniendo en cuenta la expectativa de vida conjunta tanto del afiliado como de sus beneficiarios; tampoco le informaron que tenía derecho a retractarse de la afiliación al RAIS; que no le dieron información suficiente y veraz para tomar la decisión de trasladarse al RAIS; y que los fondos privados entre ellos Porvenir S.A., con el objeto de obtener afiliaciones a ese régimen publicitaron información que faltaba a la verdad, u ocultaron la misma.

Expuso que solicitó ante Colpensiones y la AFP Porvenir la anulación del traslado, pero que dicha petición fue negada por ambas entidades; y que realizadas las operaciones matemáticas de haber continuado aportando en el RPM le correspondería una mesada de \$3.949.314 mientras que en el RAIS sería de \$1.864.436.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 265-273), oponiéndose a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos, aceptó la data de vinculación de la demandante al ISS; que presentó petición ante esa entidad, la cual fue negada, y que la actora se encuentra actualmente afiliada a Porvenir S.A.; frente a los demás señaló que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones las de

prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, y presunción de legalidad de los actos administrativos.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (f.º 312-336), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos aceptó que la demandante solicitó la anulación del traslado, y que esta fue negada; y que actualmente está vinculada con Porvenir S.A.; frente a los demás expuso a unos que no le constaban por corresponder a otra entidad y a otros que no eran ciertos, y aclaró que la decisión de la actora de trasladarse de régimen fue completamente voluntaria, tal como constaba en el formulario suscrito, además de que brindó una asesoría profesional, provista de información clara, veraz, oportuna y con elementos objetivos de juicio para la toma de una decisión lo más transparente posible, conforme lo establecía el numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993.

Formuló las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 28 de enero de 2021 (CD – f.º 421), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de septiembre de 1999.

SEGUNDO: CONDENAR a demandada Porvenir a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes de la demandante junto con los rendimientos causados sin que haya lugar a descontar suma alguna por gastos de administración.

TERCERO: CONDENAR a la demandada COLPENSIONES a que acepte el traslado y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: CONDENAR en costas a PORVENIR fijando como agencias en derecho la suma de \$600.000.

Fundamentó su decisión, en que, según lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia este caso debía abordarse desde la ineficacia, ya que, conforme lo establecido en el literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100 de 1993 lo que debía verificarse es si el acto jurídico que generó el traslado de régimen pensional fue informado, pues la

AFP debía ilustrar sobre los riesgos que implicaba el traslado de régimen y sus beneficios, permitiendo una decisión autónoma y consciente.

Indicó que el deber de información tenía varias etapas, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que para el año 1999 cuando la demandante se trasladó, la AFP Porvenir debía como mínimo haberla ilustrado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluía dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.

Señaló que al plenario se allegó el formulario de afiliación a Porvenir suscrito el 15 de septiembre de 1999, y que de este no se podía establecer que la demandante se le hubiese informado sobre características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Advirtió que la carga de la prueba de demostrar que información brindó al momento del traslado era de la AFP Porvenir, y que al proceso solo se allegó el formulario de afiliación y se le realizó interrogatorio de parte a la demandante del cual no podía extraer ninguna confesión respecto de que esa AFP hubiese cumplido con su deber de información en 1999, en consecuencia, concluyó que declararían ineficaz el traslado de régimen pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES no interpuso recurso contra la sentencia.

PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, por considerar que se cumplieron los requisitos propios del formulario de afiliación, además que la afiliación fue libre y voluntaria.

Advirtió que en este caso en particular se pasó por alto la verdadera motivación de la acción, que no era más, que la inconformidad de la actora con su mesada pensional en el RAIS vs lo que le correspondería en el RPM, señalándose que le sería más beneficioso, por lo que considera que ello de ninguna manera daría lugar a declarar ineficaz el traslado de régimen pensional.

Argumentó que la afiliación al sistema general de pensiones es un acto unilateral y de adhesión a las condiciones previstas en la ley para cada régimen, lo que

no guarda relación con la mesada pensional tal como la estableció lo Corte Constitucional en la sentencia C-086 de 2002.

Indicó que para 1999 no existía norma que hubiese desarrollado el deber de información, pues la Ley 100 de 1993 no estableció en cabeza de las AFP ninguna carga en materia de entrega de información. Que el deber de información surgió para todos los efectos con el Decreto 5525 de 2010, y en esa medida no podía hacer extensiva esa norma a una afiliación realizada en 1999.

Refirió que en caso de confirmarse la sentencia frente a la ineficacia, solicitaba se revocara la condena impuesta por gastos de administración, porque no resultaba viable dentro de las restituciones mutuas la devolución de ese concepto, pues los aportes de la demandante durante su afiliación a Porvenir generaron una rentabilidad elevada en comparación a la que le hubiese correspondido en Colpensiones, circunstancia por la que considera que no es equitativo; adicionalmente sostuvo que los rendimientos financieros eran el resultado de la adecuada administración de las cotizaciones de la afiliada, resultando contradictorio que se desconozca la administración de esa entidad y se ordene la devolución de los rendimientos. Agregó que estos descuentos se realizaban en los dos regímenes conforme lo estipulado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir S.A., y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Porvenir S.A., es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión que: *i)* la señora CLAUDIA MABEL MORENO PENAGOS se afilió al ISS donde aportó desde el 5 de marzo de 1991 hasta el 31 de agosto de 1998 la suma de 340,14 semanas (f.º 274 CD); y *ii)* que el 15 de septiembre de 1999 se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un

formulario de vinculación con Porvenir S.A. (f.º 341), AFP en la que se encuentra actualmente (f.º 339).

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en

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

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

Concluyó, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

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

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la

administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

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

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

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –15 de septiembre de 1999-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «libre y voluntariamente» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

La AFP Porvenir aportó al expediente el formulario de solicitud de afiliación y traslado suscrito el 15 de septiembre de 1999, del cual solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que la AFP cumplió con el deber de suministrar a la afiliada una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de

abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

Es pertinente mencionar que, si bien la actora señala que su motivación actualmente para invocar esta acción es la cuantía de la mesada pensional, lo cierto es que, ello de ninguna manera desvirtúa o subsana la omisión de la AFP en su deber de información a la data de su traslado, pues la validez de dicho acto jurídico depende del consentimiento informado, es decir, de que la AFP hubiese atendido estrictamente o no su deber de información según el momento histórico en que debía cumplirse, supuesto en el que resulta inane si la mesada pensional presenta una presunta diferencia en su cuantía.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el

mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*“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.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, 1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

Por lo tanto, se hace necesario Adicionar la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar a la AFS PORVENIR S.A. el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima

debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no vulnera el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

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

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

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A., como quiera que sus recursos de alzada no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

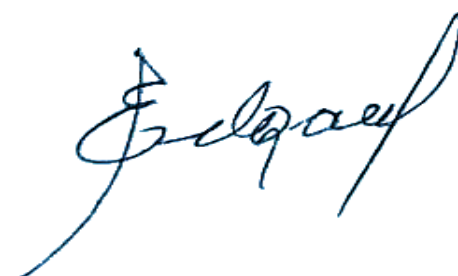
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación de la demandante CLAUDIA MABEL MORENO PENAGOS, esto es, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

En uso de permiso
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, y la AFP PORVENIR S.A., la suma de \$1.000.000, para cada una.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Édgar Rendón Londoño', written in a cursive style.

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial**Tribunal Superior del Distrito Judicial****Bogotá D. C.****SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LIDYA CRISTINA SÁNCHEZ BEJARANO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (SKANDIA).

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:**ANTECEDENTES**

Pretende la señora **LIDYA CRISTINA SÁNCHEZ BEJARANO**, se **declare** la nulidad de la afiliación en pensiones al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) efectuada a través de la AFP protección el 1° de julio de 1998 y su posterior vinculación a Old Mutual por el incumplimiento de los deberes legales de información, lo que generó un error de hecho que vició el consentimiento; se **condene** a las demandadas a trasladar a Colpensiones la totalidad de su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros; a activar su afiliación en el régimen de prima media (en adelante RPM); y se **condene** a las demandadas ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.° 46-67), señaló en síntesis que nació el 14 de diciembre de 1962; que se afilió al ISS en marzo de 1981, donde aportó 600 semanas; que se trasladó al RAIS en julio de 1998 mediante la firma de un formulario de afiliación con Colmena -IAG Protección. Señaló que Protección no le

informó sobre las implicaciones de cambiarse de régimen pensional, no le explicó la naturaleza propia del régimen de capitalización, no expuso las ventajas y desventajas del RAIS y del RPM, no la ilustraron sobre los distintos escenarios comparativos de pensión en ambos regímenes. Agregó que ninguna de las demandadas le advirtió que le convenía más regresar al RPM.

Narró, que le solicitó a la AFP Old Mutual la simulación de lo que sería su mesada pensional a sus 57 años de edad, a lo que le informaron que en el RAIS equivaldría a \$900.000 mientras que en el RPM sería de \$2.828.388,74; que solicitó a la AFP Protección y Old Mutual se anulara su afiliación al RAIS; y que peticionó en Colpensiones se activara nuevamente su afiliación al RPM.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 158-166), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, solo aceptó la fecha de nacimiento de la demandante; frente a los demás señaló que no le constaban porque no tenía el expediente administrativo o por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones las de prescripción; inexistencia del derecho y de la obligación; buena fe; e innominada o genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó (f.º 78-89), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora, que se trasladó al RAIS a través de esa entidad mediante suscripción de un formulario de afiliación el 24 de junio de 1998, y que solicitó la anulación del referido traslado de régimen pensional; frente a los demás señaló que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos, y aclaró que informó de manera objetiva e integral sobre todas las características del RAIS en comparación con el RPM, puntualmente sobre: *i)* cuenta de ahorro individual vs. fondo común; *ii)* capital acumulado vs. requisitos de edad y semanas de cotización; *iii)* garantía de pensión mínima en RAIS; y *iv)* devolución de saldos vs. indemnización sustitutiva.

En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS; inexistencia de la obligación de devolver el pago al

seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS; traslado de aportes a otra administradora; e innominada o genérica.

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy **SKANDIA**, contestó (f.º 116-137), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante solicitó la simulación de su mesada pensional, y posteriormente la anulación de su traslado al RAIS; frente a los demás indicó que no le constaban por incumbir a una persona diferente, o que no eran ciertos, aclarando que desde su creación ha capacitado a sus asesores para que puedan explicar a satisfacción las características, particularidades, bondades y limitaciones del RAIS, y que en esos mismos términos le asesoró a la demandante.

Propuso como excepciones de mérito las de Skandia no participó ni intervino en el momento de la selección del régimen; la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado; ausencia de configuración de causales de nulidad; inexistencia de la violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS; ausencia de falta al deber de asesoría e información; los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante; prescripción; buena fe; y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 10 de marzo de 2021 (f.º 177 CD), resolvió:

PRIMERO: Declárese nulo e **ineficaz** el traslado de régimen pensional que hizo la demandante señora LIDYA CRISTINA SANCHEZ BEJARANO del RPMPD administrado por el Instituto de Seguros Sociales a COLMENA ING hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. realizada mediante formulario con fecha de suscripción 1º de agosto de 1998 (sic), conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: Declárese válidamente vinculada a la demandante señora LIDYA CRISTINA SANCHEZ BEJARANO al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a lo expuesto.

TERCERO: Condénese a la OLD MUTUAL S.A. PENSIONES Y CESANTIAS o SKANDIA S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en dicho régimen es decir desde el 1º de febrero de 2017, hasta cuando se haga efectivo el traslado, los cuales deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados, conforme a la motiva.

CUARTO: Condénese a PROTECCION S.A PENSIONES Y CESANTIAS a devolver a COLPENSIONES, los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en dicho régimen la demandante es decir desde el 1° de agosto de 1998 hasta el 31 de enero de 2017, los cuales deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados, conforme a lo expuesto.

QUINTO: Ordénese a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante señora LIDYA CRISTINA SANCHEZ BEJARANO, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación definida.

SEXTO: Declárense no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto.

SEPTIMO: Condénese en costas de esta instancia a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A y a OLD MUTUAL S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS O SKANDIA PENSIONES Y ESANTIAS a favor de la demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo por concepto de Agencias en Derecho la suma de TRES MILLONES TRECIENTOS SETENTA MIL OCHOCIENTOS PESOS M/CTE (\$3.370.800), a cargo de PROTECCION Y UN MILLON DOSCIENTOS PESOS M/CTE (\$1.200.000), a cargo de OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS o SKANDIA S.A.

OCTAVO: sin costas ni a favor ni en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

NOVENO: Concédase el grado jurisdiccional de CONSULTA de la presente decisión ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Bogotá, a fin de que revise la decisión.

Fundamentó su decisión, en que se encontraba probado que la demandante nació el 14 de diciembre de 1962, que cotizó 626,14 semanas al RPM, y que según extracto de fecha 11 de mayo de 2019 emitido por Skandia la actora tiene la suma de 1.088 semanas cotizadas al RAIS, las que sumadas arrojan un total de \$1703,86 semanas aportadas al sistema general de pensiones; que el 24 de junio de 1998 se trasladó al RAIS a través de la AFP Colmena mediante la firma de un formulario de afiliación; y que el 20 de diciembre de 2016 se vinculó con Old Mutual.

Expuso, que no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que el traslado de régimen puede tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.

Explicó que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar

una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Y que, si el afiliado alegaba, que la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario; esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo (sentencia CSJ SL1688-2019).

Indicó, que en el presente asunto la AFP que realizó el traslado de régimen pensional, esto es, Protección no actuó con el cuidado de dar toda la información necesaria para cumplir con la teoría de la voluntad informada, pues este era un tema especialísimo de altos conocimientos que solamente los alcanzan las personas que están dedicadas al oficio de administrar las pensiones.

Advirtió, que en el plenario no se había acreditado que la demandante hubiese recibido por parte de la AFP Protección 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, de ahí que resultaba ineficaz el traslado, y en consecuencia los traslados horizontales realizados con posterioridad también lo estaban.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP Protección S.A.**, interpuso recurso de apelación de manera parcial contra la sentencia respecto de la condena a devolver los gastos de administración y lo pagado por seguro previsional durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a esa AFP.

Explicó, que la ineficacia lo que buscaba era tener a la afiliada como si nunca se hubiese trasladado al RAIS, por lo que debía buscarse un efecto que resultara congruente con lo perseguido en la acción, por lo que sugiere dos panoramas excluyentes entre sí, el primero, hacer de cuenta que la demandante nunca se trasladó al RAIS, por ende, no existieron rendimientos financieros, debiendo esa AFP devolver solo el dinero recibido por cotizaciones de manera íntegra; y el segundo, asumir

igualmente que la afiliación al RAIS no existió, y trasladar a Colpensiones el capital de la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos pero sin pero conservando por parte de los fondos privados lo descontado por gastos de administración y seguros previsionales.

Expuso, que Protección cumplió con su deber de administrar correctamente los recursos de la afiliada, y que las sumas de dinero en cuestión ya cumplieron con su fin, según lo establecido por el legislador.

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS (SKANDIA), interpuso recurso de apelación de forma parcial en lo que tiene que ver con los gastos de administración y seguro previsional, teniendo en cuenta que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 autorizaba a los fondos privados a descontar un 3% para *«financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes»*, y que el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 señalaba que cuando *«se trate de una administradora del RAIS, deberá trasladar el saldo en unidades de los aportes efectuados a nombre del trabajador, destinados a la respectiva cuenta individual y al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, multiplicado por el valor de la unidad vigente para las operaciones del día en que se efectúe el traslado. Para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS»*.

Concluyó, que no existe sustento legal para ordenar trasladar a Colpensiones el 3% destinado a *«financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes»*; además que esos dineros ya fueron pagados, y por tanto no se encuentran en poder de Skandia.

COLPENSIONES no interpuso recurso.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Old Mutual (Skandia) y Porvenir S.A., y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, de conformidad con el artículo 69 CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro

individual que hizo el demandante a través de la AFP Protección S.A. y posteriormente a otra AFP, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión que: *i)* la señora LIDYA CRISTINA SÁNCHEZ BEJARANO se afilió al ISS donde aportó desde el 2 de marzo de 1981 hasta el 30 de junio de 1998 la suma de 626,14 (f.º 4-8); *ii)* que el **24 de junio de 1998** se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Colmena AIG hoy Protección S.A. (f.º 90); y *iii)* que el 20 de diciembre de 2016 se vinculó a Old Mutual (Skandia) (f.º 138), AFP en la que se encuentra actualmente.

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

En ese contexto desde ya precisa esta Sala que, lo que se declarará es la ineficacia del traslado, dado que conforme se expuso en la sentencia CSJ SL2877-2020, reiterada entre otras en las providencias CSJ SL5252-2021 y CSJ SL755-2022, en casos como el presente donde se acredita la falta de una debida información por parte del fondo privado lo que se genera es la ineficacia del acto jurídico del traslado y no su nulidad por las siguientes razones:

(...) 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.

Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el Juez en cada caso en particular.

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

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

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en

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

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

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

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la

administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

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

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

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –24 de junio de 1998-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «libre y voluntariamente» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Colmena AIG hoy Protección suscrito el 24 de junio de 1998, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, como en el *sub lite* que la actora pasó de Colmena AIG hoy Protección a Old Mutual (Skandia) o porque le realizaron una reasesoría, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Sala que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen, es porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demuestra su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtir el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.*** (Negrillas fuera del texto original).

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial. (Negrillas fuera del texto original).

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

Debe hacerse claridad además en que, si bien la actor señala que su motivación actualmente para invocar esta acción es la cuantía de la mesada pensional, lo cierto es que, ello de ninguna manera desvirtúa o subsana la omisión de la AFP en su deber de información a la data de su traslado, pues la validez de dicho acto jurídico depende

del consentimiento informado, es decir, de que la AFP hubiese atendido estrictamente o no su deber de información según el momento histórico en que debía cumplirse, supuesto en el que resulta inane si la mesada pensional presenta una presunta diferencia en su cuantía.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ

SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*“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.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, 1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

Por tanto, se hace necesario, primero, modificar el numeral primero de la decisión de instancia, para declarar la ineficacia y no la nulidad del traslado realizado por la demandante LIDYA CRISTINA SÁNCHEZ BEJARANO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 24 de junio de 1998, a través de la afiliación a la AFP COLMENA ING hoy Protección S.A.; y segundo, adicionar el numeral tercero y cuarto, en el sentido de ordenar a la AFP Protección, y Old Mutual (Skandia), el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquellas, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás

rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el a *quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

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

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

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandada Protección y Old Mutual (Skandia), como quiera que sus recursos de alzada no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la demandante LIDYA CRISTINA SANCHEZ BEJARANO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 24 de junio de 1998, a través de la afiliación a la AFP COLMENA ING hoy PROTECCIÓN S.A.

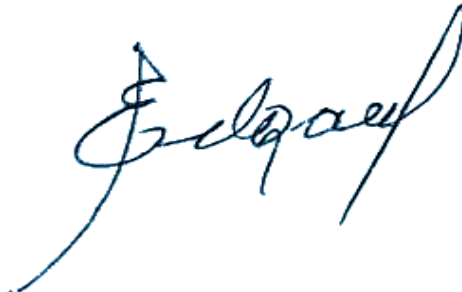
SEGUNDO: ADICIONAR NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a la demandada OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (SKANDIA S.A.), a trasladar a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación de la demandante LIDYA CRISTINA SÁNCHEZ BEJARANO desde el 1° de febrero de 2016 en adelante, esto es, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ADICIONAR NUMERAL CUARTO de la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a la demandada a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los 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.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Protección y Old Mutual (Skandia).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

En uso de permiso
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Protección y Old Mutual (Skandia), la suma de \$1.000.000 cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARTHA CECILIA LEÓN MONTENEGRO
CONTRA SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE- HOSPITAL
SIMÓN BOLÍVAR.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA**ANTECEDENTES**

Pretende la señora MARTHA CECILIA LEÓN MONTENEGRO, se declare que entre ella y SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE- HOSPITAL SIMÓN BOLÍVAR existió un contrato de trabajo que inició el 22 de mayo de 2003 y terminó el 30 de noviembre de 2015; en consecuencia, se condene al pago de: *i)* la prima de servicios (junio y diciembre) conforme el artículo 306 y ss del CST; *ii)* la prima de navidad (diciembre) en razón a un año de salario o proporcional al tiempo laborado; *iii)* las cesantías de acuerdo al artículo 249 y ss del CST en concordancia con la Ley 50 de 1990; *iv)* los intereses sobre la cesantías, más la sanción establecida en la Ley 52 de 1975; *v)* las vacaciones según lo dispuesto en el artículo 186 y ss del CS; *vi)* los valores insolutos por concepto de Caja de Compensación Familiar en razón al 4% del valor del aporte correspondiente al empleador; *vii)* la sanción por no consignación de las cesantías en un fondo para ese fin; y *viii)* la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del CST o de manera subsidiaria a esta se ordene la indexación de los valores resultantes. Adicionalmente pretende que la demandada realice la afiliación y pago de los

aportes al sistema de seguridad social (pensión, ARL y EPS) por todo el tiempo laborado y sobre el verdadero salario; se ordene la devolución de las retenciones practicadas indebidamente; y se condene ultra y extra petita.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 2-21), señaló que prestó sus servicios personales de manera ininterrumpida y bajo continua subordinación a la entidad SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE- HOSPITAL SIMÓN BOLÍVAR desde el 22 de mayo de 2003 hasta el 30 de noviembre de 2015, mediante la suscripción de 79 contratos denominados de diferentes formas a saber, prestación de servicios, transacción, y suministro de servicios; que ejerció funciones como **enfermera** en las instalaciones de la demandada, estando sometida a *«subordinación por perdida del gobierno del contrato, toda vez que estaba bajo reglamentos, funciones predeterminadas dentro de la entidad susceptibles de ser desarrolladas por trabajadores de contrato laboral directo»*.

Indicó, que debía presentar informes escritos a sus jefes o supervisores inmediatos de acuerdo con los requerimientos diarios, semanales, mensuales etc.; que sus funciones eran del objeto social para el cual fue creada la demandada; que nunca ejerció como contratista independiente; que no fue afiliada al sistema de seguridad social en pensiones, salud, ARL y caja de compensación como trabajadora dependiente de la accionada; que tampoco le pagaron prestaciones sociales, y vacaciones. Agregó, que el 25 de julio de 2018 presentó derecho de petición solicitando la declaratoria de la relación laboral y el reconocimiento de las prestaciones sociales, el cual fue negado mediante oficio del 3 de agosto de 2018 notificado el 8 del mismo mes y año.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE- HOSPITAL SIMÓN BOLÍVAR contestó (f.º 114-117) oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos señaló que era cierto que la demandante había prestado sus servicios de forma personal, mediante la suscripción de varios contratos de trabajo, pero siempre en calidad de contratista con plena autonomía e independencia y que hubo interrupciones entre la suscripción de cada contrato; también aceptó que no fue afiliada al sistema de seguridad social y que no se pagaron prestaciones sociales por cuanto no existía relación laboral.

Propuso como excepciones las de falta de competencia, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, prescripción y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 31 de enero de 2020 (CD – fl. 160-162), resolvió absolver a la demandada de la totalidad de las pretensiones incoadas por la parte actora y la condenó en costas.

Señaló que se encontraba cumplido el requisito de procedibilidad consistente en la reclamación administrativa respecto de las pretensiones de la demanda (f.º 23-26), por lo que entraría a verificar la naturaleza jurídica de la entidad accionada, para determinar el régimen legal de sus trabajadores.

Expuso que conforme el Acuerdo 641 del 06 de abril de 2016 por el cual se reorganizó el sector salud de Bogotá D.C., en su artículo 2 había establecido que las Empresas Sociales del Estado de Usaquén, Chapinero, Suba, Engativá y Simón Bolívar se fusionarían en la Empresa Social del Estado denominada “SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE”, y que más adelante se había fijado la responsabilidad que esta asumiría respecto de las acreencias laborales.

Mencionó que la demandante hizo referencia en los hechos de la demanda que había prestado sus servicios hasta el año 2015 a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE; no obstante, como esa entidad se había creado en el año 2016 resultaba claro que ella había prestado sus servicios era al HOSPITAL SIMÓN BOLÍVAR.

Advirtió que conforme el artículo 194 de la Ley 100 de 1993, las Empresas Sociales del Estado, constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, y que de acuerdo con el artículo 16 del Decreto 1750 de 2003, por medio del cual se crean unas Empresas Sociales del Estado, sus servidores eran empleados públicos, salvo los que sin ser directivos, desempeñaran funciones de mantenimiento de la planta física hospitalaria y de servicios generales, quienes eran trabajadores oficiales. Adicionalmente citó el artículo 83 de la Ley 489 de 1998 y el artículo 195 de la Ley 100 de 1993.

Concluyó, que por regla general los trabajadores de las Empresas Sociales del Estado eran empleados públicos y por vía excepcional trabajadores oficiales

quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física, hospitalaria o de servicios generales.

Sostuvo que conforme lo probado en la *Litis* (demanda, interrogatorio de parte a la demandante y los testimonios), la demandante cumplía funciones de enfermera, puntualmente de jefe de enfermería UCI (f.º 35), por lo que se encontraba inmersa en la regla general, esto es, que era empleada pública y no trabajadora oficial, ya que no ejercía funciones de mantenimiento de la planta física hospitalaria ni a servicios generales, en consecuencia, estimó que no existía contrato de trabajo y por ende, absolvió de las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación alegando que no fue vinculada de manera legal y reglamentaria a la entidad, por lo que, está actuó de mala fe al no abrir una planta de personal que cumpliera las funciones misionales de la demandada, como por ejemplo las labores de enfermería, las cuales no debían ser vinculadas por medio de contratos de prestación de servicios, por lo que con fundamento en ello solicita que se declare la primacía de la realidad sobre las formas.

Advierte que la relación que unió a las partes se ejecutó en la realidad de manera personal, subordinada y que como contraprestación se le pagó un salario, por lo que su vinculación debió ser legal y reglamentaria, y no por contratos de prestación de servicios, resultando esto errado.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si las funciones desempeñadas por la demandante dentro de una Empresa Social del Estado eran de empleado público o de trabajador oficial.

No son materia de controversia los siguientes supuestos fácticos: i) que la actora prestó sus servicios personales al HOSPITAL SIMÓN BOLÍVAR ESE desde el 22 de mayo de 2003 hasta el 30 de noviembre de 2015, mediante la suscripción de 79 contratos de prestación de servicios, de transacción, y de suministro de servicios; y ii) que en dicho lapso se desempeñó como Enfermera.

Ahora, advierte esta Sala que las normas que gobiernan el régimen laboral de los trabajadores al servicio del Estado son de orden público y, por lo tanto, de obligatorio cumplimiento, de tal suerte que el régimen laboral a ellos aplicable es el que surja de la ley, atendiendo los criterios de clasificación en ella contenidos.

Así las cosas, se tiene que el HOSPITAL SIMÓN BOLÍVAR era una Empresa Social del Estado conforme el Acuerdo 17 de 1997 expedido por el Concejo de Bogotá, el cual conforme los artículos 194 y 195 de la Ley 100 de 1993 constituye una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, y las personas vinculadas a estas tendrían el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990.

Según las reglas de Capítulo IV de la Ley 10 de 1990, puntualmente el artículo 26, señala:

Clasificación de empleos. En la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera.

Son empleos de libre nombramiento y remoción:

1. (...)
2. (...)

Todos los demás empleos son de carrera. Los empleados de carrera, podrán ser designados en comisión, en cargos de libre nombramiento y remoción, sin perder su pertenencia a la carrera administrativa.

PARAGRAFO. Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones.

Los establecimientos públicos de cualquier nivel, precisarán en sus respectivos estatutos, qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo.

Sobre la anterior norma, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia reciente CSJ SL170-2022, en la que hizo referencia a las sentencias CSJ SL3612-2021, CSJ SL10610-2014; CSJ SL, 25 ago. 2000, rad. 14146; CSJ SL, 19 jul. 2011, rad. 46457 y CSJ SL1334-2018, orientó lo siguiente:

1. Que la clasificación de los servidores públicos en trabajadores oficiales o empleados públicos es de **reserva legal**.

2. Que por regla general, quienes laboran al servicio de las empresas sociales del Estado son empleados públicos y, por tanto, tienen una relación laboral de orden legal y reglamentaria y, excepcionalmente, son trabajadores oficiales vinculados mediante contrato de trabajo, los servidores públicos que ejerzan cargos no directivos, destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales; **por lo que quienes pretendan la declaratoria de un contrato de trabajo en estos términos, deberán demostrar que desempeñaron funciones relacionadas con dichas actividades.**

3. que se requiere efectuar un análisis probatorio de las funciones de quien predica ser trabajador oficial para proceder a otorgarle una calificación jurídica dentro del marco de los conceptos de *«mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales»*. De tal suerte que la ausencia de prueba en tal sentido conduce, irremediablemente, a que por regla general el servidor se catalogue como empleado público.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en varios pronunciamientos también ha explicado que debe entenderse por *“mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales”*, así por ejemplo en la sentencia CSJ SL18413-2017 reiterada en CSJ SL1334-2018 se explicó lo siguiente:

Así las cosas, es preciso analizar qué se entiende por **«mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales»**. Jurisprudencialmente, esta Sala en providencia del 21 de junio de 2004, dentro del proceso conocido con el rad. n.º 22324, explicó lo siguiente:

«...los ‘servicios generales’ dentro de una institución gubernamental, esencialmente están destinados para mantener las instalaciones de ella en óptimo estado de funcionamiento, su seguridad, las funciones de aseo, vigilancia y cafetería, así como el manejo de los demás bienes como vehículos y suministro de los elementos requeridos por las distintas dependencias que las integran».

Posteriormente, en sentencia CSJ SL, del 29 de junio de 2011, rad. n.º 36668, respecto al mismo tema señaló:

El mantenimiento de la planta física de los hospitales comprende el conjunto de actividades orientadas a mejorar, conservar, adicionar o restaurar la planta física de los entes hospitalarios destinados al servicio público esencial de salud, tales como electricidad, carpintería, mecánica, jardinería, pintura, albañilería, vigilancia o celaduría.

Por servicios generales ha de entenderse aquel elenco de actividades cuyo propósito es el de atender las necesidades que le son comunes a todas las entidades, tales como la cocina, ropería, lavandería, costura, transporte, traslado de pacientes, aseo en general y las propias del servicio doméstico, por citar algunas, en vía puramente enunciativa o ejemplificativa, no restrictiva o limitativa. (Las subrayas no son del texto)

En ese sentido, al ser un hecho indiscutido que la demandante señora Martha Cecilia León Montenegro se desempeñó como Enfermera –UCI- en la unidad de recién nacidos, actividad que, al no encuadrarse dentro de la excepción (trabajadora oficial), por no estar destinadas al sostenimiento y mantenimiento de la planta física del hospital o servicios generales, permite la aplicación de la regla general prevista para tales efectos, esto es, que se le otorgue la connotación de empleada pública, tal como lo concluyó la juez de primera instancia.

En consecuencia, se confirmará la decisión apelada.

COSTAS

En esta instancia a cargo de la demandante, como quiera que su recurso de alzada no salió avante y de conformidad con el numeral 1° del artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

En uso de permiso

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

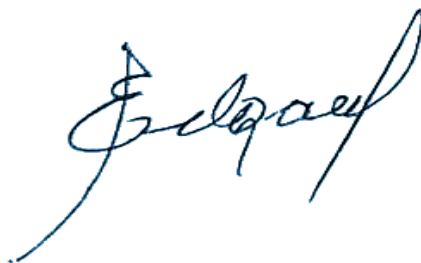
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandante, la suma de \$500.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUIS ADOLFO TAMARA GARCÍA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., PROCESO AL QUE SE VINCULÓ COMO LITISCONSORCIO NECESARIO A LA AFP PORVENIR S.A. Y A COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, Y COMO LLAMADO EN GARANTÍA, A MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 que adoptó como legislación permanente el Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA**ANTECEDENTES**

El señor **LUIS ADOLFO TAMARA GARCÍA**, demandó a Colpensiones y a Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., con el fin de que se **declare** la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), y en consecuencia se **ordene** a Colpensiones recibirlo en el régimen por ellos administrado; y se **condene** en costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 5 a 14 archivo 00 PDF), señaló en síntesis que nació el 15 de febrero de 1963; que se afilió al régimen de prima media el 4 de febrero de 1986 donde permaneció hasta mayo de 1994 fecha en que se trasladó al RAIS por medio de la AFP Porvenir S.A., que los asesores de esa AFP no le dieron asesoría alguna sobre las conveniencias de cada uno de los

regímenes de pensión; que en septiembre de 2001 sin recibir asesoría se trasladó a Colfondos Pensiones y Cesantías; y que en diciembre de 2005 nuevamente se trasladó a Skandia Pensiones y Cesantías hoy Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., igualmente sin recibir asesoría.

Narró, que el 1° de agosto de 2018, solicitó una proyección de su pensión a Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., la que le fue entregada el 2 del mismo mes y año, y que solo en ese momento se dio cuenta de las consecuencias del traslado de régimen, dado que con anterioridad ningún fondo de pensiones lo había asesorado en debida forma; que el 1° de agosto de 2019 solicitó ante Colpensiones se autorizara el traslado de régimen pensional para regresar al RPM, pero que esa entidad ese mismo día le negó su petición aduciendo que se encontraba en la prohibición legal de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Expuso, que presentó una acción de tutela para que se amparara su derecho fundamental a la seguridad social y la igualdad dada la negativa de Colpensiones de aceptar el traslado de régimen pensional, pero que el juez constitucional mediante fallo del 2 de septiembre de 2019, negó las pretensiones. Adicionó, que con el fin de agotar la sede administrativa el 5 de marzo de 2020, petitionó ante Colpensiones nuevamente la nulidad del traslado de régimen, la cual fue negada mediante comunicado del 10 de marzo de 2020.

El Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 6 de agosto de 2020 (archivo 04 PDF), admitió la demanda y ordenó vincular al proceso en calidad de Litis consortes necesarios a la AFP PORVENIR S.A. y a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó (f.º 17-35 archivo 11 PDF), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, que este se afilió al ISS, que se trasladó al RAIS en mayo de 1994, lo referente a la acción de tutela y su decisión judicial, y que agotó la reclamación administrativa. Formuló como excepciones de fondo, las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe, e innominada o genérica.

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS contestó (f.º 4-25 archivo 15 PDF), oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, que en diciembre de 2005 se trasladó a esa AFP, que se le realizó una proyección pensional en agosto de 2018 y que Colpensiones negó la petición de traslado de régimen al RPM; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a otra entidad, o que no eran ciertos; puntualmente argumentó, que sí cumplió a cabalidad con dar un asesoría clara y suficiente. Propuso como excepciones las de prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, y la genérica.

Adicionalmente, solicitó el llamamiento en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (f.º 229-244 archivo 15 PDF), en virtud de los contratos de seguro previsional suscritos entre dicha entidad y SKANDIA cuyas vigencias fueron 2005 – 2019, el que fue admitido por el Juzgado de origen (archivo 18 PDF), y una vez notificada esa aseguradora, contestó la demanda señalando que ni se oponía ni se allanaba a las pretensiones de la misma y que no le constaba ningún hecho. Frente al llamamiento en garantía (f.º 3-21 archivo 22 PDF), expuso que en el hipotético caso que se llegare a declarar la nulidad o ineficacia del traslado de régimen y se ordenara la devolución de aportes el seguro previsional expedido por ellos no tenía esa cobertura, por cuanto únicamente cobijaba el pago de la suma adicional para completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez o sobreviviente.

Formuló como excepciones de mérito, las de falta de legitimación en la causa frente al llamamiento en garantía formulado por AFP SKANDIA administradora de fondo de pensiones y cesantías s.a. a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A, no existe ineficacia o nulidad frente al traslado de régimen con la AFP SKANDIA pues el mismo cumple con los requisitos de ley para su validez, ausencia de cobertura del seguro previsional expedido por Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. frente a la pretensión de ineficacia o nulidad del traslado de régimen y demás pretensiones que se llegaren a derivar consecuencia de la nulidad o ineficacia del traslado de régimen, no hay lugar a que Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. haga devolución de primas pagadas por la AFP, inexistencia de obligación - cobro de lo no debido frente a mi representada Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., prescripción, compensación y nulidad relativa, buena fe, y la genérica.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS contestó (f.º 5-16 archivo 10 PDF), también oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los

hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor y que este se trasladó a Colfondos mediante la suscripción de un formulario el 26 de octubre de 2001 con fecha de efectividad 1° de diciembre del mismo año; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero. Formuló como excepciones de fondo, las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, y compensación y pago.

PORVENIR S.A. contestó (f.º 2-22 archivo 16 PDF), también oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, señaló que el traslado de régimen pensional realizado por el demandante en el año 1994 estuvo precedido de una asesoría amplia, clara, precisa, veraz, y suficiente, acerca de las características y condiciones pensionales del RAIS, razón por la que escogió de manera libre el régimen al cual quería pertenecer; frente a los demás indicó que no le constaban. Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 8 de marzo de 2021 (archivos 35-37 PDF), resolvió:

Primero: Absolver de la totalidad de las pretensiones incoadas por el demandante LUIS ADOLFO TAMARA GARCÍA, a las demandadas Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones, A.F.P. Old Mutual (Skandia) A.F.P. Colfondos S.A., A.F.P. Porvenir S.A. igualmente a la llamada en garantía Mapfre Vida Seguros S.A.

(...)

La *a quo*, empezó por afirmar que el demandante se encontraba afiliado en la actualidad a la AFP Skandia habiéndose trasladado del RPM al RAIS a través de Porvenir S.A. en 1994, por lo que tenía que revisarse si el traslado de régimen acaecido en 1994 tenía plena validez jurídica. Para ello citó textualmente el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994.

Señaló, que en el expediente aparecía el formulario por medio del cual el demandante se había trasladado de régimen, el cual tenía fecha de solicitud 20 de

abril de 1994 y que de su contenido consideraba que aparentemente se cumplía con la totalidad de los presupuestos establecidos por la normatividad vigente para el mes de abril de 1994; no obstante, analizaría el caso a la luz de lo señalado en la sentencia CSJ SL1452-2019, la que citó en extenso.

Manifestó que cuando el afiliado alega que no recibió la información debida al momento de suscribir el formulario de vinculación, ello correspondía a un supuesto negativo, que no podía demostrarse por quien lo invocaba; que el traslado de régimen pensional del demandante se dio el 20 de abril de 1994, por lo que era a esa data que debía verificarse si la AFP Porvenir había cumplido su deber de información.

Expuso, que el demandante en su interrogatorio de parte confesó que tenía la información necesaria, pues consideró que el actor no era una persona lega, por el contrario, era experta en temas financieros; que se afilió a los fondos privados por el respaldo financiero, que le indicaron que lo que el aportaba iba para la masa de lo que iba a ser su pensión; que podía pensionarse de manera anticipada lo que no podía hacer en el ISS; que sabía de los aportes voluntarios y que esta era una ventaja para acrecentar su pensión en el futuro, pero que retiró esos aportes voluntarios en su momento.

Refirió, que el actor en el año 2018, solicitó una proyección pensional a Old Mutual y que posteriormente en el año 2019, presentó solicitud de reconocimiento pensional de manera anticipada, cuando ya tenía conocimiento de la cuantía de esa posible pensión.

Acto seguido sostuvo, que el demandante sí tuvo al momento del traslado de régimen la información necesaria y exigida para dicha calenda; aclaró que no estaba señalando que para el año 1994, se hubiese realizado una proyección pensional porque eso no era exigido por la normatividad de la época, y tampoco que le hubiesen presentado documentos escritos, porque la entrega de documentos adicionales al formulario de traslado tampoco era una exigencia para aquella data.

Concluyó, que en este caso no había lugar a declarar la ineficacia del traslado porque en 1994 si se le dio al actor la información necesaria que era exigida para esa data.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE**, interpuso recurso de apelación afirmando que existe indebida valoración de la prueba por parte de la *a quo*, porque, *i)* el hecho de que el actor fuese de profesión economista y ejerciera cargos de financiero a lo largo de su vida, no implicaba que conociera el sistema pensional o por lo menos ese supuesto no se probó en el proceso; y *ii)* el demandante recibió asesoría sobre algunas bondades del RAIS, pero que en 1994 nunca se le ilustró acerca de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluía dar a conocer la existencia de un régimen de transición y eventual pérdida de beneficios pensionales.

Argumentó, que las AFP tenían la obligación de información desde su fundación, el cual se violó en el caso del actor, porque nunca le explicaron tema alguno relativo al RPM, pues solo vino a entender algunas características de este régimen en 2018 y no por asesoría de las AFP. Agregó que, en cualquier caso, el conocimiento de una persona sobre pensiones no eximia a los fondos privados de cumplir estrictamente el deber de información impuesto por la Ley.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo el demandante a través de la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y posteriormente a otras AFPs, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por el actor en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión que: *i)* el señor LUIS ADOLFO TAMARA GARCÍA se afilió al ISS donde aportó desde el 4 de febrero de 1986 hasta el 30 de abril de 1994 la suma de 246,14 semanas (Carpeta exp. Adm); *ii)* que el 20 de abril de 1994 se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulación de vinculación con Porvenir el cual se hizo efectivo a partir del 1° de mayo de 1994 (f.° 57 y 62 archivo 16 PDF); *iii)* realizó traslado entre fondos privados a Colfondos el 26 de octubre de 2001 con efectividad desde el 1° de diciembre de ese mismo año (f.° 17 archivo 10 PDF); y *iv)* accedió a otro traslado entre fondos privados a Skandia el 10 de octubre de 2005 con efectividad desde el 1° de

diciembre de ese mismo año (f.º 101 y 203 archivo 15 PDF), AFP en la que se encuentra actualmente.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala, tres aspectos, el primero que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse desde su **ineficacia** puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considere se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL1565 - 2022). Por consiguiente, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, ya que, al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

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

Y el tercero, que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro

pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –20 de abril de 1994-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, entre muchas otras), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 - posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Resulta pertinente indicar, que ese deber de información debe cumplirse absolutamente siempre, con independencia de si el potencial afiliado es una persona con estudios académicos superiores o con cargos laborales directivos o subdirectivos, ya que, esto no implica de ninguna manera que conozca el sistema pensional, configurándose como un afiliado lego en este puntual tema, y la AFP como la experta, y es que no puede ser de otra manera, pues los fondos privados cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios.

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Porvenir suscrito el 20 de abril de 1994, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que la AFP Porvenir cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Y es que en este punto debe advertirse que la firma del mencionado 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 otro lado, respecto a la presunta confesión que realizó el demandante en su interrogatorio de parte, a la que hace referencia la Juez de instancia y en la cual fundó su decisión, advierte la Sala que una vez escuchado el audio en su integridad se encontró que el señor Tamara García, señaló que cuando se trasladó a la AFP Porvenir (20/04/1994), lo hizo de manera libre y voluntaria porque nadie lo presionó ni lo amenazó para hacerlo, que la asesora comercial que lo visitó a su lugar de trabajo le indicó que los fondos privados y el público eran similares porque en ambos se aportaba a pensión, solo que los privados, estaban respaldados por el sector financiero, y el público por el Estado, pero que en ese momento el ISS estaba deficitario, que podría quebrarse y perder los aportes realizados; además, que las personas que estaban llegando a su edad de pensión por esos días, se les estaba demorando entre 4 o 5 años para que les saliera su prestación, y que le explicó que su mesada pensional dependía de lo aportado; informó que recibió los extractos, y que los revisaba. Si bien al actor se le preguntó por los otros traslados a Colfondos, y a Skandia respecto de las asesorías que le habían brindado allí, lo dicho al respecto no resulta relevante, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad.

De lo anterior, no observa esta Colegiatura una confesión en los términos del artículo 191 del CGP, esto es, que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria, como quiera que el hecho de que el actor hubiese aceptado que la

asesora de Porvenir le informó que sus aportes serían la base de su mesada pensional, que la AFP tenía respaldo de entidades financieras y el ISS del Estado, **NO** implica que hubiese confesado que esa asesora en abril de 1994 le hubiese dado una información adecuada, suficiente, clara, transparente y detallada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada modelo pensional, pues era su deber o su obligación dar a conocer toda la verdad objetiva de los dos regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro, circunstancias que Porvenir S.A. debía probar en este proceso y no lo hizo.

En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, como en el *sub lite* que el actor pasó de Porvenir a Colfondos y posteriormente de Colfondos a Skandia, o porque le realizaron una reasesoría, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Sala que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

Entonces, al no haber constancia de que Porvenir S.A. al momento del traslado de régimen pensional hubiese suministrado al afiliado información clara, precisa y oportuna sobre las características, condiciones, consecuencias y riesgos del cambio de régimen, a pesar de ser esa su carga, trae como consecuencia que el mismo sea declarado como ineficaz.

En esta perspectiva, la declaratoria de ineficacia hace que las cosas vuelvan al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación; o dicho, en otros términos, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con

los rendimientos financieros y gastos financieros, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795.2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

“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.

De otra parte, tampoco podría sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen, es porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demuestra su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal

irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.*** (Negrillas fuera del texto original).

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial. (Negrillas fuera del texto original).

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliada, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adocinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-

2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que el traslado se torne ineficaz, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

Bajo el anterior contexto, se hace necesario **REVOCAR** la decisión de primera instancia para en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda en el sentido de declarar la ineficacia del traslado realizado por el demandante **LUIS ADOLFO TAMARA GARCÍA** el 20 de abril de 1994 del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que el acto jurídico del traslado no produjo efectos, pues ante la violación del deber de información dicho acto no puede proyectarse en el mundo de las relaciones jurídicas, razón por la cual se impone el regreso automático del demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

En consecuencia, se condenará a la AFP Porvenir, y Colfondos a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquellas, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a cada una de esas administradoras. Al momento de cumplirse esta orden, los 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. (CSJ SL1055-2022, 1055-2022).

Así mismo se condenará a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (SKANDIA S.A.), a trasladar a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad desde el 1° de diciembre de 2005 y en adelante, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, más los rendimientos, y bonos pensionales si los hubiere. Al momento de cumplirse esta orden, los 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.

De otro lado, respecto del llamamiento en garantía realizado por Skandia a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., con el fin de que, en caso de condenarse a la primera a devolver lo pagado por el seguro previsional destinado a amparar los riesgos de invalidez y muerte de los afiliados, estos fuesen sufragados por esa aseguradora, lo cual **no es procedente**, primero, porque dicha póliza solo cubre la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de una pensión cuando ocurre la muerte o invalidez del afiliado; y segundo, porque la ineficacia del traslado de régimen se dio como consecuencia, del incumplimiento al deber de información que radica única y exclusivamente en cabeza de las AFP, por lo que esos conceptos son condenados con cargo a sus propios recursos.

PRESCRIPCIÓN

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

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

Así las cosas y sin más consideraciones, se revocará la sentencia de primer grado en la forma antes anotada.

COSTAS

Las de ambas instancias a cargo de las demandadas COLPENSIONES, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (SKANDIA S.A.), AFP PORVENIR S.A., y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, como quiera que el recurso de apelación salió avante y en virtud del numeral 4 del artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia emitida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, el 8 de marzo de 2021, para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor **LUIS ADOLFO TAMARA GARCÍA** al régimen de ahorro individual el 20 de abril de 1994, por intermedio de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, en consecuencia, declarar válida la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, administrado por **COLPENSIONES**.

SEGUNDO: CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES** y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a cada una de esas administradoras. Al momento de cumplirse esta orden, los 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.

TERCERO: CONDENAR a **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES** y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a cada una de esas administradoras. Al momento de cumplirse esta orden, los 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.

CUARTO: CONDENAR a **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (SKANDIA S.A.)**, a trasladar a **COLPENSIONES** y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad desde el 1° de diciembre de 2005 y en adelante, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, más los rendimientos, y bonos pensionales si los hubiere. Al momento de cumplirse esta orden, los 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.

QUINTO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

SEXTO: ABSOLVER a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, de las pretensiones del llamamiento en garantía.

SÉPTIMO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas conforme a lo motivado.

OCTAVO: COSTAS en ambas instancias a cargo de **COLPENSIONES, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (SKANDIA S.A.)**, **AFP PORVENIR S.A.**, y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

En uso de permiso
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (SKANDIA S.A.), AFP PORVENIR S.A., y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS la suma de \$1.000.000, para cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ILDEFONSO VELANDIA BERMÚDEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, Y ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., PROCESO AL QUE SE VINCULÓ COMO LITISCONSORCIO NECESARIO A OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (SKANDIA) Y LA NACIÓN –MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO –OFICINA DE BONOS PENSIONALES.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:**ANTECEDENTES**

El señor **ILDEFONSO VELANDIA BERMÚDEZ**, demandó a Colpensiones y a la AFP Porvenir S.A., con el fin de que se **declare** la nulidad por ineficacia de la afiliación y el traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) ante la omisión de la AFP Porvenir del deber de información; que se **ordene** a Colpensiones activar su afiliación sin solución de continuidad como si nunca se hubiese ido del mismo; que se **condene** a la AFP Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones la totalidad de sus aportes, rendimientos, bonos pensionales, semanas de cotización trasladadas, gastos de administración, y todos los dineros por él aportados al RAIS; que se **condene** a las demandadas ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (carpeta 1 exp. digital), señaló en síntesis que nació el 22 de junio de 1957; que se afilió al ISS desde el 26 de

octubre de 1981 donde cotizó 661,86 semanas; que la AFP Porvenir en diciembre de 1995 envió un asesor a su lugar de trabajo con el único objetivo de trasladarlo de régimen pensional, que este no le informó ningún aspecto general ni propio de su situación pensional en el ISS, que no conocía las particularidades del RPM ni del RAIS por ello no se las explicó, que solo enfatizó en el respaldo y solidez que le ofrecía el grupo financiero -Grupo Aval- al que pertenecía el fondo de pensiones, pero sin exponerle como operaba financieramente ese fondo, y en que el ISS no tenía reservas para cumplir sus futuros compromisos pensionales, que no podría garantizarle el reconocimiento de su pensión, que incluso no podría existir para esa calenda; que ese asesor le dijo que su mesada pensional en Porvenir sería superior a la del ISS, que le recuperarían su bono pensional, y que podría pensionarse a los 50 años sin sufrir ningún perjuicio económico mientras que en el ISS tendría que esperar a los 60 años.

Narró, que nunca le informaron que su mesada pensional en el RAIS sería inferior, que esta dependía necesariamente de la modalidad que escogiera, ni le explicaron las distintas modalidades que había, tampoco le expusieron que los cálculos estaban sometidos al vaivén del mercado, y que temas como la tasa de supervivencia, así como los rendimientos financieros y las tasas de interés del mercado, no le enseñaron que era un bono pensional ni cómo funcionaba la negociación de este, no lo ilustraron sobre las ventajas y desventajas de manera objetiva de los regímenes pensionales, que no recibió información técnica, suficiente, transparente, equitativa y adecuada.

Indicó, que el 20 de mayo de 2019 agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones, entidad que negó lo solicitado el 14 de junio de 2019; que petitionó ante Porvenir y Old Mutual la nulidad de su vinculación con cada una, pero que la misma fue negada.

El Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 25 de agosto de 2020 (f.º 199) ordenó vincular al proceso en calidad de Litis consortes necesarios a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (hoy SKANDIA) (archivo 4-5 exp. digital), y del 18 de septiembre de 2020 a LA NACIÓN –MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO –OFICINA DE BONOS PENSIONALES (archivo 8 exp. Digital).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (carpeta 1 exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento

del actor, que presentó petición el 20 de mayo de 2019, y que fue negada; frente a los demás señaló que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones las de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual; buena fe; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; inexistencia del derecho reclamado; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005; compensación; prescripción; e innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (carpeta 1 exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, su afiliación al ISS y la cantidad de semanas allí aportadas, que se comprometió a recuperar el bono pensional, que presentó solicitud de nulidad del traslado y que dio respuesta; frente a los demás expuso a unos que no le constaban por corresponder a otra entidad y a otros que no eran ciertos, y aclaró que la afiliación del demandante al RAIS a través de Porvenir, se realizó completamente informada, pues lo había ilustrado de manera verbal en relación con las condiciones, características, ventajas y desventajas del RAIS y, que fue en atención a ello que consolidó su voluntad de trasladarse de régimen pensional.

Formuló las excepciones de fondo de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido y buena fe.

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., hoy **SKANDIA** contestó (archivo 11 exp. Digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor y que este había solicitado la nulidad, petición que se negó; frente a los demás expuso que no le constaban por corresponder a otras entidades. Propuso como excepciones las de prescripción; buena fe; cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación; y la genérica.

Adicionalmente, solicitó el llamamiento en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (archivo 12 exp. Digital), pero el mismo fue rechazado en auto de fecha 22 de enero de 2021 (archivo 15 exp. Digital).

El **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO -OBP-** contestó (archivo 13 exp. Digital), oponiéndose a las pretensiones incoadas en contra de la cartera ministerial. Respecto de los hechos aceptó únicamente la fecha de nacimiento del actor; frente a los demás, dijo que no le constaban por corresponder a un tercero; respecto del bono pensional del demandante señaló que este se afilió al RAIS a través

de la AFP PORVENIR desde el 15 de Diciembre de 1995, que posteriormente efectuó traslado de fondo, a la AFP SKANDIA (Hoy OLD MUTUAL), y finalmente retornó en el mes de Julio de 2010 a la AFP PORVENIR, Administradora ésta última a la cual se encuentra actualmente afiliado. Que él tiene derecho a que se emita un Bono pensional tipo A modalidad 2, el cual tuvo fecha de redención normal (momento en el cual surge la obligación de PAGO tanto para el emisor como para el contribuyente) el día 22 de junio de 2019; que Porvenir solicitó su emisión y redención, la cual fue atendida favorablemente mediante Resolución No. 20809 de fecha 25 de octubre de 2019, por lo que no existía trámite pendiente ante esa oficina con relación a dicho beneficio, por lo que indicó que en el hipotético caso de acceder a las pretensiones de la demanda debía reintegrarse lo pagado como bono pensional debidamente actualizado.

Formuló como excepciones las de falta de legitimación en la causa por pasiva la oficina de bonos pensionales no funge como entidad de previsión social, ni fondo, ni administrador pensional; la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público ya cumplió con la emisión y redención del bono pensional del señor Ildefonso Velandia Bermúdez, buena fe, prescripción, inaplicabilidad del precedente judicial para el caso concreto y violación al principio constitucional de la sostenibilidad financiera.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 18 de marzo de 2021 (archivo 26-27 exp. Digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por el demandante ILDEFONSO VELANDIA BERMÚDEZ a través de PORVENIR S.A., de fecha 15 de diciembre de 1995, así como sus posteriores traslados entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a la vinculada SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas que haya descontado por concepto de gastos de administración y seguro previsional de los aportes efectuados por el demandante mientras estuvo afiliado a esa administradora.

CUARTO: CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los aportes efectuados por el demandante durante su afiliación al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad, junto con sus rendimientos, y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales.

QUINTO: CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. a reintegrar al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO los valores recibidos por concepto de Bono Pensional Tipo A Modalidad 2, del demandante ILDEFONSO VELANDIA BERMÚDEZ, incluyendo los rendimientos que haya generado sobre los valores recibidos.

ACLARACIÓN: En caso de que los rendimientos financieros generados por los valores recibidos por concepto de bono pensional sean inferiores a la indexación, la demandada PORVENIR S.A. deberá reintegrar por lo menos el valor que correspondería al concepto de indexación.

SEXTO: ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir al demandante ILDEFONSO VELANDIA BERMÚDEZ como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a la demandada PORVENIR S.A. y a favor del demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) SMLMV. Sin costas respecto de COLPENSIONES y las vinculadas al proceso.

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.

Fundamentó su decisión, en que, según lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia este caso debía abordarse desde la ineficacia, ya que, conforme lo establecido en el literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100 de 1993 lo que debía verificarse es si el acto jurídico que generó el traslado de régimen pensional fue informado, pues la AFP debía ilustrar sobre los riesgos que implicaba el traslado de régimen y sus beneficios, permitiendo una decisión autónoma y consciente.

Indicó, que el deber de información tenía varias etapas, y que la validez del acto del traslado debía verificarse al momento en que este se realizó, que para el caso lo había sido el 15 de diciembre de 1995, encontrándose en la primera etapa del mencionado deber, por lo que la AFP Porvenir debía como mínimo haberlo ilustrado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluía dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.

Expuso, que en el expediente no había prueba que acreditara el deber de información, porque únicamente se contaba con los formularios de afiliación, los cuales no eran prueba del cumplimiento del mencionado deber, que a lo sumo acreditaban un consentimiento, pero no informado, y que si bien del interrogatorio de parte rendido por el actor se podía extraer que le habían informado sobre unas características del RAIS, no era posible extraer una confesión que acreditara el citado deber en los términos exigidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, pues la poca información suministrada no fue clara, precisa, suficiente y oportuna.

Advirtió, que bajo ese panorama declararía ineficaz el traslado de régimen pensional realizado el 15 de diciembre de 1995 a través de Porvenir S.A., así como los que realizó con posterioridad entre fondos de pensiones privados, pues si bien se había hecho mención de los actos de relacionamiento por los múltiples traslados horizontales, lo cierto era que ellos se habían hecho por el ofrecimiento de mejores rendimientos y no porque al actor se le hubiese entregado una información clara y suficiente respecto de los regímenes pensionales y las diferencias entre cada uno de ellos.

Finalmente expuso que, como consecuencia de la ineficacia del traslado, y dado que ya se había redimido el bono pensional del actor, Porvenir debía reintegrarlo al Ministerio de Hacienda y Crédito Público OBP.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso contra la sentencia argumentando que conforme el principio de la relatividad jurídica Colpensiones era un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre el actor y la AFP Porvenir, que no podía verse ni beneficiada ni perjudicada con la decisión de ineficacia del traslado, y que en este caso se estaba afectando gravemente el equilibrio de la sostenibilidad financiera, porque las sumas que serán devueltas no alcanzan para financiar su pensión.

Solicitó, que la AFP Porvenir que fue la que causó el daño, asuma al demandante como su afiliado y sea condenada a pensionarlo en los mismos términos y condiciones que se reconocería en el RPM.

PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, por considerar que el traslado de régimen del actor fue válido, porque se cumplió a cabalidad con la exigencia legal que era la firma del formulario de afiliación, y para el año 1995 el legislador no había desarrollado el contenido de ese deber de información.

Advirtió, que el interés del demandante en este proceso es la diferencia en su mesada pensional, lo que no es suficiente para declarar la ineficacia del traslado, porque el sistema de pensiones tiene como finalidad proteger los riesgos de invalidez, vejez y muerte y no sostener los ingresos que venía percibiendo el afiliado. Agregó, que el señor Velandia Bermúdez conocía algunas de las características del RAIS, y

por ello realizó varios traslados horizontales entre fondos privados, situación que ratificaba su voluntad de pertenecer a ese régimen.

Frente a la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, indicó respecto de los primeros; que Porvenir había cumplido juiciosamente con su obligación de administrar correctamente los recursos del demandante lo que se probaba con los rendimientos financieros, por lo que, devolver estos es como si no existieran los rendimientos; y en cuanto a los segundos, expuso que eran descuentos autorizados por la ley para la protección de contingencias de invalidez y muerte.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la devolución de lo recibido por bono pensional, más los rendimientos generados o su indexación, señaló que estos deberían ser a costa del demandante, porque fue él quien aceptó y solicitó la redención del bono pensional.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones y Porvenir S.A., y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones en lo que no fue materia de alzada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión que: *i)* el señor ILDEFONSO VELANDIA BERMÚDEZ se afilió al ISS donde aportó desde el 26 de octubre de 1981 hasta el 31 de diciembre de 1995, la suma de 661,86 semanas (carpeta exp. Adm); *ii)* que el **15 de diciembre de 1995**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir S.A. (f.º 213 carpeta 1 exp. digital); *iii)* que el 16 de septiembre de 1999 se vinculó a Colpatria Pensiones y cesantías (f.º 212 carpeta 1 exp. digital); *iv)* que el 11 de diciembre de 2001 suscribió formulario de vinculación o traslado con Porvenir (f.º 211 carpeta 1 exp. digital); *v)* que el 8 de febrero de 2005 se

trasladó a la AFP Skandia (f.º 43 arc. 11 exp. digital); y vi) que el 9 de julio de 2010 retornó a Porvenir S.A. (f.º 210 carpeta 1 exp. digital), AFP en la que se encuentra actualmente (f.º 146).

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

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

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

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

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

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –15 de diciembre de 1995-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «libre y voluntariamente» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Porvenir que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de

que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Porvenir suscrito el 15 de diciembre de 1995, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que la AFP Porvenir cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, como en el *sub lite* que el actor pasó de Porvenir a Colpatria, posteriormente de Colpatria a Porvenir, luego de Porvenir a Skandia y finalmente de Skandia a Porvenir o porque le realizaron una reasesoría, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Sala que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en

el mismo, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen -actos de relacionamiento-, es porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demuestra su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.*** (Negrillas fuera del texto original).

*De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, **el del traslado inicial.*** (Negrillas fuera del texto original).

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las

ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

Debe hacerse claridad además en que, si bien el actor señala que su motivación actualmente para invocar esta acción es la cuantía de la mesada pensional, lo cierto es que, ello de ninguna manera desvirtúa o subsana la omisión de la AFP en su deber de información a la data de su traslado, pues la validez de dicho acto jurídico depende del consentimiento informado, es decir, de que la AFP hubiese atendido estrictamente o no su deber de información según el momento histórico en que debía cumplirse, supuesto en el que resulta inane si la mesada pensional presenta una presunta diferencia en su cuantía.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adocinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*“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.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, 1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

Por último, que la condena impuesta a Porvenir de devolver el bono pensional al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con los rendimientos financieros generados o en caso de ser inferiores a la indexación, con la indexación, de ninguna manera esos rendimientos o indexación pueden correr por cuenta del afiliado, pues

esta orden es producto de la declaratoria de ineficacia del traslado, la cual se dio por el incumplimiento de la AFP Porvenir en su deber de información, situación en la que el actor no tuvo injerencia.

Por lo tanto, se hace necesario adicionar y modificar la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar a la AFPs PORVENIR, y SKANDIA, el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquellas, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta del demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

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

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

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandada PORVENIR S.A. y Colpensiones, como quiera que sus recursos de alzada no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE:

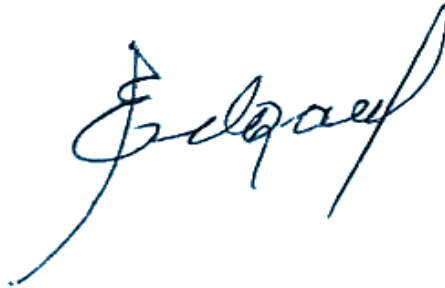
PRIMERO: ADICIONAR NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a la demandada a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (SKANDIA S.A.), a trasladar a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los 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.

SEGUNDO: ADICIONAR NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a la demandada a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación de la demandante ILDEFONSO VELANDIA BERMÚDEZ , entre el 1° de enero de 1996 y el 31 de marzo de 2005, y desde el 1° de septiembre de 2010 en adelante, esto es, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y Colpensiones

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

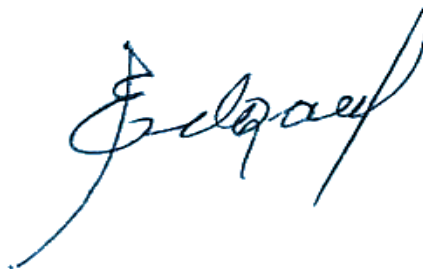
En uso de permiso
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP PORVENIR S.A. y Colpensiones, la suma de \$1.000.000 cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ALEJANDRO GONZÁLEZ OSPINA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA**ANTECEDENTES**

Pretende el señor **ALEJANDRO GONZÁLEZ OSPINA** se declare: *i)* la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) efectuado en diciembre de 1995 a través de la AFP Protección S.A.; *ii)* que la AFP Protección omitió su deber de informarlo y asesorarlo de manera suficiente, clara, y veraz sobre las implicaciones de su traslado; y *iii)* que la AFP Porvenir S.A., y Old Mutual S.A., con las que efectuó traslados entre el RAIS tampoco cumplieron con el deber de información. En consecuencia, se **ordene** a Colpensiones recibirlo en el RPM, y reactivar su afiliación; se **condene** a Old Mutual (Skandia) devolver a Colpensiones todos los valores que recibió por motivo de su afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, así como sus frutos, intereses y gastos de administración como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es, con los

rendimientos financieros; y se **condene** ultra y extra petita, y a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (Carpeta 1 exp. Digital), señaló en síntesis que nació el 12 de enero de 1968; que se afilió al régimen de prima media administrado por el ISS en agosto de 1990 donde permaneció hasta noviembre de 1995, acumulando 382,71 semanas; que se trasladó al RAIS por medio de la AFP Protección S.A. en noviembre de 1995, porque el asesor de esa AFP le ofreció mayores beneficios y garantías frente a su situación pensional, y le informó que: *i)* podría acceder a una pensión con fecha anterior a la prevista en el ISS y en cuantía muy superior a la que se otorgarían en el RPM; y *ii)* que el RPM sería reformado y se incrementarían los requisitos para acceder a la pensión de vejez frente a edad y número de semanas, reducirían la tasa de reemplazo, advirtiéndole múltiples riesgos de permanecer en el RAIS. Así mismo ese asesor omitió explicarle sobre los aportes voluntarios, la naturaleza del régimen privado de pensiones y las implicaciones de su traslado, y cuál era el capital mínimo para pensionarse.

Narró, que en octubre de 1997 se trasladó a la AFP Porvenir, donde el asesor le reiteró los supuestos beneficios que le reportaría mantenerse afiliado al RAIS; que nunca se le puso de presente la información clara y suficiente sobre los efectos que su decisión de trasladarse de régimen podría implicar, específicamente sobre la expectativa legítima que en ese momento le asistía de que las condiciones previstas en el RPM le fueran aplicadas por resultar más favorables a su situación pensional.

Expuso, que en el mes de mayo de 1998 se trasladó a la AFP Pensionar hoy Old Mutual (Skandia); que en diciembre de 1998 se vinculó a Old Mutual (Skandia); que en agosto de 2014 suscribió formulario de vinculación a Old Mutual (Skandia); que en ninguno de esos traslados horizontales le dieron información completa sobre los dos regímenes pensionales.

Indicó, que en marzo de 2019 solicitó a Old Mutual (Skandia) su traslado de ese fondo indicando que tenía la edad legal para hacerlo (51 años), pero que esa petición fue negada. Agregó que según la proyección pensional dada por su actual AFP su mesada a los 62 años de edad sería en el RAIS de \$3.340.851 mientras que en el RMP correspondería a \$8.267.692.

Sostuvo, que el 6 de noviembre de 2019 agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones, peticionando su regreso a ese régimen por nulidad en la afiliación al RAIS, pero que no le dieron respuesta.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó (Carpeta 1 exp. Digital), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, que este se afilió al ISS y las semanas allí cotizadas, y que el 6 de noviembre de 2016 agotó la reclamación administrativa ante esa entidad; frente a los demás indicó que no le constaban por corresponder a terceros.

Formuló como excepciones de fondo, las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política); buena fe; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción; e innominada o genérica.

La **AFP Protección S.A.** contestó (archivo 6 exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, que el formulario de afiliación a esa entidad fue suscrito por el demandante de manera libre y voluntaria el 06 de enero de 1995; frente a los demás, manifestó que no le constaban por corresponder a otras entidades o que no eran ciertos, aclarando que el consentimiento del actor fue libre, espontáneo e informado, ya que, sus asesores eran capacitados permanentemente y contaban con el conocimiento técnico y la lealtad moral suficiente para orientar a los posibles afiliados y en ese sentido, asesoró en debida forma al demandante respecto a todo el sistema general de pensiones, donde se le explicaron las características del RAIS y del RPM, las diferencias entre ambos, la forma de adquirir una pensión en uno y otro, las consecuencias del traslado y todos los aspectos necesarios para que el misma pudiera tener claridad respecto a su panorama pensional, y con el fin de que pudiera tomar libremente la decisión de vincularse o no a ese régimen.

Propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los

recursos públicos del sistema general de pensiones; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; e innominada o genérica.

PORVENIR S.A. contestó (archivo 4 exp. digital), también oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la vinculación con esa AFP en el año 1997; frente a los demás manifestó que unos no le constaban por corresponder a otras entidades y a otros que no eran ciertos, aclarando que le brindó a la parte actora una asesoría veraz y oportuna, en donde informó ampliamente sobre las implicaciones de la afiliación y el funcionamiento del RAIS. Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica.

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS contestó (archivo 7 exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, su vinculación al ISS y las semanas a él aportadas, que se trasladó a Old Mutual plan alternativo de pensiones, y que solicitó su traslado de ese fondo, lo cual fue negado; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a otra entidad, o que no eran ciertos; puntualmente argumentó, que sí cumplió a cabalidad con dar un asesoría clara y suficiente. No propuso excepciones.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 16 de marzo de 2021 (archivos 15-16 exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de Inexistencia de la Obligación y falta de causa para pedir formulada por PROTECCIÓN.S.A.; Inexistencia de la obligación formulada por PORVENIR S.A.; el traslado de régimen solicitado no cumple con los requisitos legales y no se vulnera la libre elección de régimen pensional formuladas por SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., al igual que la de inexistencia del derecho reclamado formulada por COLPENSIONES, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: ABSOLVER a las demandadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN.S.A. PROVENIR S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante ALEJANDRO GONZÁLEZ OSPINA.

El juez de primera instancia, empezó por dar por probado que, el demandante nació el 12 de enero de 1968, que se afilió al ISS y aportó entre el 27 de agosto de

1990 y el 31 de diciembre de 1994 un total de 211 semanas; que se trasladó al RAIS mediante la AFP Protección el 6 de enero de 1995; que el 2 de octubre de 1997, se vinculó a la AFP Porvenir; que el 12 de febrero de 1999 se pasó a la AFP Pensionar Hoy Skandia; que el 2 de mayo de 2005 suscribió formulario de vinculación al fondo alternativo de pensiones de Skandia, y que antes de cumplir los 52 años solicitó su traslado al RPM, pero que Skandia lo negó porque se encontraba en un plan alternativo que solo permitía su traslado a otro de iguales condiciones.

Advirtió, que en este caso en particular había una diferencia sustancial frente a los casos que se estudiaron en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, en lo que respecta a que el demandante está afiliado a un fondo alternativo de pensiones y que no existe regulación que permita el traslado de este fondo a un fondo normal de pensiones o a Colpensiones.

Sostuvo, que el artículo 87 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 876 de 1994 regulaban este asunto, y citó el artículo 10 de esta última norma donde se establecía que *«los afiliados a los planes alternativos tendrán derecho a cambiarse a otro plan alternativo, cualquiera sea la entidad administradora o entidad aseguradora de vida que lo administre, sin exceder de una vez por semestre, previa solicitud presentada por el interesado con no menos de 30 días calendario de anticipación»*.

Argumentó, que este caso es diferente porque si bien en un principio el demandante se trasladó del RPM al RAIS a través de una AFP normal, con posterioridad se vinculó a un plan alternativo el cual tiene unas connotaciones diferentes frente al manejo de los recursos que efectúa el trabajador con miras a buscar una pensión con unas eventuales mejores condiciones; que en los fondos privados estos están obligados a garantizar unos rendimientos mínimos, mientras que los fondos alternativos no porque tienen un perfil más riesgoso, de allí que no se garantice rendimientos y pensión de garantía mínima, aclarando que el requisito para pertenecer a este es tener acumulado en la cuenta individual de ahorro pensional una suma no inferior al cincuenta por ciento (50%) del capital necesario para financiar una pensión mínima equivalente a la que señala el artículo 35 de la Ley 100 de 1993.

Indicó, que el demandante tuvo una interacción o relacionamiento con las AFP que lo llevó a trasladarse al fondo alternativo de pensiones, y que, si bien señaló que no se le informó sobre las consecuencias de pasarse al fondo alternativo, se observaba en el formulario de vinculación, se indicó que ese traslado

implicaba una renuncia a unas garantías del RAIS a las que se refiera la Ley 100 de 1993.

Advirtió, que de los documentos allegados por Skandia puntualmente el formulario de afiliación al fondo alternativo se observaba que el actor declaró haber recibido el reglamento, que se adhería a él, y que lo conocía, por lo que consideró que lo mínimo era que las personas leyeran el documento al que se estaban acogiendo, más aún cuando eso tenía implicaciones sobre un derecho futuro, como lo era la pensión.

Explicó, que si bien el actor alegaba un perjuicio en su mesada pensional, ello no era un parámetro válido para decidir la controversia, porque con independencia de si la mesada pensional cumple o no con las expectativas esperadas, ello no constituye un vicio para la vinculación inicial. En consecuencia, absolvió a las demandadas de las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE**, interpuso recurso de apelación afirmando que el *a quo* desconoció sus derechos, al señalar que este caso era diferente, cuando no lo era, pues básicamente las pretensiones de la demanda están basadas en la falta de asesoría al momento de trasladarse del RPM al RAIS en el año 1995, asunto respecto del cual no se hizo ninguna valoración, y frente al cual la Corte Suprema de Justicia en infinitos radicados empezando desde las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989 y CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083 que han sido ratificadas y reiteradas entre otras en providencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, y CSJ SL1689-2019 entre otras, exige que se cumpla el deber de información, el que no se acreditó por parte de la AFP Protección en este asunto.

Señaló, que como la AFP Protección no demostró que se le hubiese brindado una información clara, oportuna, y suficiente tanto de las ventajas como de las desventajas de ambos regímenes pensionales, lo propio era declarar la ineficacia del traslado.

Respecto de los argumentos expuestos por el *a quo* en relación con el fondo alternativo de pensiones y los actos de relacionamiento, consideró que conforme la pacífica jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia *«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».

Advirtió, que la firma de un formulario no acredita el deber y la obligación del asesor de la AFP de brindar la información suficiente, veraz, idónea y clara para poder tener un consentimiento informado. Agregó que antes de cumplir 52 años de edad ejerció su derecho constitucional y legal, e irrenunciable de elegir el régimen pensional al que quería pertenecer, pero que Skandia se negó a respetar este; y que sí se encuentra demostrado el perjuicio causado, como quiera que en el expediente se encuentra la simulación pensional elaborada por Skandia, donde se evidencia la amplia diferencia entre lo que sería la mesada pensional en el RAIS y en el RPM.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por el demandante.

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión que: **i)** el señor ALEJANDRO GONZÁLEZ OSPINA se afilió al ISS donde aportó desde el 27 de agosto de 1990 hasta el 31 de diciembre de 1994 la suma de 211 semanas (f.º 290 carpeta 1 exp. Digital); **ii)** que el 6 de enero de 1995 se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con protección el cual se hizo efectivo a partir del 1º de agosto del mismo año (f.º 30-31 archivo 6 exp. Digital); **iii)** realizó traslado entre fondos privados a Porvenir el 2 de octubre de 1997 con efectividad desde el 1º de diciembre de ese mismo año (f.º 66-67 archivo 04 exp. Digital); **iv)** accedió a otro traslado entre fondos privados a la AFP Pensionar hoy Skandia el 12 de febrero de 1999 (f.º 75 archivo 7 exp. digital); y **v)** el 2 de mayo de 2005 suscribió

formulario de vinculación al fondo alternativo de pensiones Skandia (f.º 76 archivo 7 exp. digital), en el cual se encuentra actualmente.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala, tres aspectos, el primero que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse desde su **ineficacia** puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considere se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL1565 - 2022). Por consiguiente, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, ya que, al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

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

Y el tercero, que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro

pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –6 de enero de 1995-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, entre muchas otras), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 - posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Resulta pertinente indicar, que ese deber de información debe cumplirse absolutamente siempre, con independencia de si el potencial afiliado es una persona con estudios académicos superiores o con cargos laborales directivos o subdirectivos, ya que, esto no implica de ninguna manera que conozca el sistema pensional, configurándose como un afiliado lego en este puntual tema, y la AFP como la experta, y es que no puede ser de otra manera, pues los fondos privados cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios.

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Protección suscrito el 6 de enero de 1995, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Y es que en este punto debe advertirse que la firma del mencionado 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, tal y como se dijo por la Sala de Casación laboral en la sentencia CSJ SL1688-2019.

Para este Tribunal no pasa desapercibido que la decisión del *a quo* se fundamentó en que el actor el 2 de mayo de 2005 se vinculó al fondo alternativo de pensiones Skandia y, a unos actos de relacionamiento ejercidos precisamente este mismo día, postura que es contraria a la que ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, que sobre este punto tiene un carácter consolidado y reiterado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021, CSJ SL5686-2021, CSJ SL1497-2022, entre otras). En estas providencias se ha señalado claramente que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras privadas de este esquema. Así se expuso desde la primera decisión citada:

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 ese sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, como en el *sub lite* que el actor pasó de Protección a Porvenir, luego de Porvenir a Skandia, y finalmente de Skandia al fondo alternativo de pensiones Skandia, o porque le realizaron una reasesoría, no

pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

Se reitera, que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Así, como consecuencia directa, es evidente que afecta la validez de los actos jurídicos subsiguientes, entre ellos los traslados que se efectúen entre los diversos fondos privados y los fondos alternativos de pensiones.

Lo anterior es así, porque conforme lo ha explicado con abundancia la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la declaratoria de ineficacia trae consigo la vuelta al *statu quo*, lo que implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás (CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJSL373-2021, entre muchas otras). Lo anterior, salvo que la persona tenga la calidad de pensionada, pues en este evento la jurisprudencia tiene sentado que no es factible reversar o retrotraer dicha calidad para restablecer la afiliación en el régimen de prima media, como si la persona nunca se hubiese trasladado de régimen (CSJ SL373-2021).

Sin embargo, esta es una precisa excepción -no aplicable al caso concreto- que procura salvaguardar situaciones pensionales consolidadas y evitar serios traumatismos en la gestión e intervención de terceros en el sistema pensional que incluso podrían afectar gravemente la situación pensional de la persona afiliada; de ahí que la persona tenga la posibilidad de solicitar los perjuicios que eventualmente le hubiese causado ese acto de traslado sin cumplimiento del deber de información a cargo de la AFP, siempre que se demuestren debidamente (CSJ SL5686-2021).

Entonces, al no haber constancia de que Protección S.A. al momento del traslado de régimen pensional hubiese suministrado al afiliado información clara, precisa y oportuna sobre las características, condiciones, consecuencias y riesgos del cambio de régimen, a pesar de ser esa su carga, trae como consecuencia que el mismo sea declarado como **ineficaz**.

En esta perspectiva, la declaratoria de ineficacia hace que las cosas vuelvan al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación; o

dicho, en otros términos, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros y gastos financieros, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795.2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

“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.

De otra parte, tampoco podría sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro -actos de relacionamiento-, dentro del mismo régimen, es porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demuestra su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de

la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.** (Negrillas fuera del texto original).*

***De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.** (Negrillas fuera del texto original).*

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adocinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que el traslado se torne ineficaz.

Bajo el anterior contexto, se hace necesario **REVOCAR** la decisión de primera instancia para en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda en el sentido de declarar la ineficacia del traslado realizado por el demandante **ALEJANDRO GONZÁLEZ OSPINA** el **6 de enero de 1995** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que el acto jurídico del traslado no produjo efectos, pues ante la violación del deber de información dicho acto no puede proyectarse en el mundo de las relaciones jurídicas, razón por la cual se impone el regreso automático del demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

En consecuencia, se condenará a la AFP Protección y la AFP Porvenir, a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquellas, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a cada una de esas administradoras. Al momento de cumplirse esta orden, los 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. (CSJ SL1055-2022, 1055-2022).

Así mismo se condenará a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (SKANDIA S.A.), a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad desde el 1° de marzo de 1999 y en adelante, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, más los rendimientos, y bonos pensionales si los hubiere. Al momento de cumplirse esta orden, los 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.

PRESCRIPCIÓN

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

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

Así las cosas y sin más consideraciones, se revocará la sentencia de primer grado en la forma antes anotada.

COSTAS

Las de ambas instancias a cargo de las demandadas COLPENSIONES, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (SKANDIA S.A.), AFP PROTECCION S.A. y AFP PORVENIR S.A., como quiera que el recurso de apelación salió avante y en virtud del numeral 4 del artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia emitida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, el 16 de marzo de 2021, para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor **ALEJANDRO GONZÁLEZ OSPINA** al régimen de ahorro individual el 6 de enero de 1995, por intermedio de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, en consecuencia, declarar válida la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, administrado por **COLPENSIONES**.

SEGUNDO: CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, a trasladar a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los 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.

TERCERO: CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES** y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los 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.

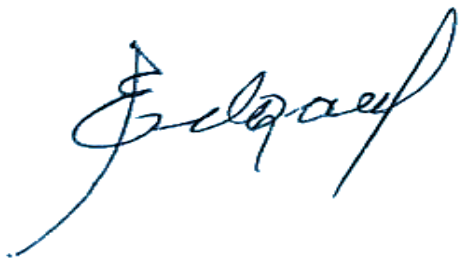
CUARTO: CONDENAR a **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (SKANDIA S.A.)**, a trasladar a **COLPENSIONES** y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad desde el 1° de marzo de 1999 y en adelante, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, más los rendimientos, y bonos pensionales si los hubiere. Al momento de cumplirse esta orden, los 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.

QUINTO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas conforme a lo motivado.

SÉPTIMO: COSTAS en ambas instancias a cargo de **COLPENSIONES, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (SKANDIA S.A.), AFP PORVENIR S.A., y AFP PROTECCIÓN S.A.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

En uso de permiso
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (SKANDIA S.A.), AFP PORVENIR S.A., y AFP PROTECCIÓN S.A.** la suma de \$1.000.000, para cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial**Tribunal Superior del Distrito Judicial****Bogotá D. C.****SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ANA MERCEDES TORRES JIMÉNEZ
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, Y ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:**ANTECEDENTES**

Pretende la señora **ANA MERCEDES TORRES JIMÉNEZ** se **declare** la nulidad de su vinculación con la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se **condene** a esa AFP a trasladar a Colpensiones el valor íntegro de sus aportes pensionales realizados, incluyendo los cobros y gastos administrativos descontados de sus cotizaciones; se **condene** a Colpensiones a recibir sus aportes y aceptarla en ese régimen como si nunca se hubiese trasladado al RAIS; se condene a la AFP Porvenir a pagarle la suma de 50 SMMLV en aplicación del literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100 de 1993 por atentar contra su derecho pensional; y se **condene** a las demandadas ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 2-17 archivo 1 exp. Digital), señaló en síntesis que, desde el inicio de su vida laboral estuvo vinculada al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS; que el 20 de

abril de 1999 mediante la suscripción de un formulario de afiliación de la AFP Porvenir se trasladó al RAIS; que esa AFP contrató un sin número de vendedores o asesores comerciales para captar afiliaciones en su favor, pero que estos no tenían un amplio, perito e idóneo conocimiento en temas de seguridad social; que el asesor de la AFP Porvenir la indujo de manera equivocada a vincularse a ese fondo, pues le indicó que no perdería los beneficios pensionales del régimen de prima media, y omitieron informarle sobre los eventuales riesgos que podía tener trasladarse al RAIS, que no la ilustraron de manera idónea, consciente, y veraz para asumir una determinación objetiva, que nunca le realizaron una simulación o comparación del valor de la mesada en cada uno de los regímenes pensionales.

Narró, que Colpensiones nunca le dio información acerca de su traslado; que su permanencia en el RAIS lesionaba ostensiblemente su derecho a la libre escogencia, al pleno consentimiento y libre determinación, y le generaba una condición de inconveniencia pensional, por cuanto afectaba su calidad de vida, dignidad humana y su mínimo vital. Agregó, que la mesada pensional que le ofrece el RAIS es equivalente al 60% aproximadamente de la que le correspondería en el RPM; que presentó el 2 de noviembre de 2018, solicitud de desvinculación a la AFP Porvenir, pero que esa entidad guardó silencio; y que el 31 de octubre de 2018, solicitó ante Colpensiones su afiliación, pero que esta fue negada ese mismo día.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 2-17 archivo 1 exp. Digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, su vinculación al ISS y que presentó petición, la cual fue negada; frente a los demás, señaló que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil; descapitalización del sistema pensional; inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; prescripción de la acción laboral; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público; e innominada o genérica.

PORVENIR S.A. contestó (f.º 124-152 archivo 1 exp. Digital) oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos señaló que no eran ciertos, y aclaró que sus asesores cuentan con un gran nivel de capacitación y profesionalismo, que les permite informar sobre las características del RAIS, que la

afiliación de la accionante a Porvenir S.A., se realizó de manera informada, pues se le asesoró de manera verbal, y con pleno cumplimiento de lo establecido en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, y que las características, condiciones, ventajas y desventajas del RAIS se encontraban claramente establecidos en la ley, por lo que, indicó que si la demandante hubiese sido una persona diligente, habría podido constatar, además de la información otorgada por ellos al momento del traslado, las condiciones del régimen por ella seleccionado.

Formuló las excepciones de prescripción; prescripción de la acción de nulidad; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación; y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 10 de febrero de 2021 (archivo 8-9 exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del traslado realizado por la demandante ANA MERCEDES TORRES JIMÉNEZ, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 20 de abril de 1999, a través de la afiliación a la administradora de fondos de pensiones COLPATRIA S.A., hoy AFP PORVENIR S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a la administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A., a reintegrar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de ANA MERCEDES TORRES JIMÉNEZ, como son las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, a recibir todos los valores que reintegre la AFP PORVENIR S.A., con motivo de la afiliación de ANA MERCEDES TORRES JIMÉNEZ, como son las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado y, tenerlos como semanas efectivamente cotizadas.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas.

QUINTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: CONDENAR en costas a la demandada AFP PORVENIR S.A., se fija como agencias en derecho, la suma equivalente de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

SÉPTIMO: CONSULTAR la sentencia ante el Tribunal Superior de Bogotá, en caso de no ser objeto del recurso de apelación.

Fundamentó su decisión, en que las administradoras de fondos de pensiones, deben garantizar que al momento del traslado de régimen pensional existió una

decisión informada, y que ésta, fue la que determinó que el afiliado de manera autónoma, libre, voluntaria y consciente, tal como lo disponía el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; además, que tal información debía 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, citó en extenso las sentencias CSJ SL4964-2018, y CSJ SL17595-2017.

Expuso, que era a las AFP a quienes les correspondía demostrar que al momento del traslado brindó la información en los términos señalados y, por ende, debían proveer a los jueces de todos los medios de prueba suficientes, que permitieran concluir, que, al momento del traslado, el afiliado contaba con todos los elementos de juicio suficientes para efectuar su afiliación o traslado, de manera libre y voluntaria.

Agregó, que desde el nacimiento de las AFP estas tenían la obligación de dar una información completa, oportuna y verídica conforme el numeral 1° del artículo 97 de la Ley 663 de 1993 (citó en extenso la CSJ SL1688-2019).

Sostuvo, que la obligación del deber de información de las AFP debe cumplirse y por ende verificarse sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, porque la violación a este se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Indicó, que en este caso se encontraba probado que el traslado al RAIS se dio mediante la suscripción el 20 de abril de 1999 de la solicitud de afiliación a la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A., pero que dicho formulario carecía absolutamente de elementos de los que se pudiese observar que a la demandante se le ilustró acerca de las condiciones precisas por medio de las cuales entraría a ser parte del régimen de ahorro individual, pues de este, solamente se extraía datos de índole personal y laboral que no representan el carácter circunspecto que debía comportar el traslado de régimen pensional; sumado a que la AFP Colpatria hoy Porvenir no presentó prueba de haber cumplido con la obligación que le imponía los incisos 5 y 6 del artículo 15 del decreto 656 de 1994; esto es, la de entregar a la afiliada en el momento de su vinculación el texto del reglamento de funcionamiento de la entidad y el plan de pensión; y que del interrogatorio de parte rendido por la actora, esta manifestó que en la reunión a la que fue invitada lo único que entendió fue que el ISS se iba a acabar y que por tanto era necesario y conveniente trasladarse a los fondos privados, por lo que

concluyó que existía una falta directa al deber de información y en consecuencia declararían nulo el traslado efectuado el 20 de abril de 1999.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que el deber de información al momento del traslado fue creado por la Ley 1478 de 2014 que modificó el artículo 98 de la Ley 1328 de 2009 y, por tanto, en 1999 cuando la demandante efectuó su traslado de régimen pensional no era exigible a los fondos privados brindar información detallada, ya que para esa época solo se requería el consentimiento de la persona y la suscripción del formulario de afiliación, por lo que no podía alegarse falta de información.

Indicó, que la inconformidad de la demandante es sobre el monto de la pensión que va a adquirir en el RAIS; y que, en estos casos, debe analizarse el impacto que este tipo de decisiones puede generar en la estabilidad financiera de Colpensiones, pues en su sentir, al faltarle a la accionante menos de 10 años para la edad de pensión se descapitaliza el fondo común del régimen de prima media, citó la sentencia CC C-062 de 2010.

La **AFP Porvenir S.A.**, interpuso recurso de apelación exponiendo que para 1999, cuando se efectuó el traslado de régimen, el ordenamiento jurídico no establecía una forma concreta en que las AFP debían brindar la información como tampoco la obligación de documentar la asesoría brindada, bastaba con el formulario de afiliación, y que fue solo hasta el desarrollo jurisprudencial que nacieron obligaciones como lo era realizar proyecciones pensionales, el deber de buen consejo y dar asesoría entre otros, por lo que no tenía sentido exigirle pruebas que soporten la asesoría cuando para la data del traslado solo se requería la firma del formulario, como manifestación del consentimiento, aceptación de que había recibido la asesoría y constancia de que elegía al RAIS.

Señaló, que la demandante incumplió su deber de diligencia y cuidado en los negocios, lo que conllevaba a que, ella no podía ser beneficiaria de su propia culpa o negligencia en su actuar, pues solo hasta cuando se encontraba inmersa en la prohibición legal del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se preocupó por saber de su estado pensional, además que su inconformidad solo se vino a dar cuando ya estaba en edad de pensión y por los montos ofrecidos en el RAIS, régimen al que ella se sometió al elegir pertenecer a este, y el hecho de que existiera una diferencia

en el monto de la mesada pensional, no implicaba que los fondos privados hubiesen incumplido con su deber de información.

Peticionó que, en caso de confirmarse la decisión, se absolviera a Porvenir de la devolución de los gastos de administración y primas de seguros previsionales, argumentando que estos por mandato legal tienen una destinación específica, y para el caso, cumplieron su fin, ya que, la afiliada durante su vinculación a esa entidad primero, tuvo rendimientos financieros y segundo, estuvo protegida por invalidez y muerte, y en ese sentido esas sumas ya fueron invertidas y no se encuentran en su poder.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones y la AFP Porvenir S.A., y en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a lo que no fue materia de alzada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión que: *i)* la señora ANA MERCEDES TORRES JIMÉNEZ se afilió al ISS donde aportó desde el 7 de julio de 1993 hasta el 31 de mayo de 1999 la suma de 301 semanas (carpeta 1 exp. digital); y *ii)* que el **20 de abril de 1999** se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Colpatria hoy Porvenir (archivo 1 exp. digital), AFP en la que se encuentra actualmente.

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

En ese contexto desde ya precisa esta Sala que, lo que se declarara es la ineficacia del traslado, dado que conforme se expuso en la sentencia CSJ SL2877-2020, reiterada entre otras en las providencias CSJ SL5252-2021 y CSJ SL755-2022, en casos como el presente donde se acredita la falta de una debida información por parte del fondo privado lo que se genera es la ineficacia del acto jurídico del traslado y no su nulidad por las siguientes razones:

(...) 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.

Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el Juez en cada caso en particular.

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en

la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

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

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

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que «*existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito*» (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el

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

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

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

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

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

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad,

por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –20 de abril de 1999 -, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de vinculación o traslado a la AFP Colpatria hoy Porvenir suscrito el 20 de abril de 1999 de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que la AFP Porvenir cumplió con el deber de suministrar a la afiliada una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones u otro tipo de leyendas de*

este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado» (CSJ SL1741-2021 en la que se reiteran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Es pertinente anotar que, no resulta de recibo la afirmación de Porvenir al señalar que en la primera etapa a las AFP no les asistía obligación de guardar documentación acerca de la asesoría brindada al potencial afiliado, ya que, eso no es lo que se está exigiendo, pues las partes del proceso tiene libertad probatoria, lo que implica que los fondos privados pueden usar cualquier medio para demostrar que entregaron, en este caso, a la demandante, una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras, y si así lo hicieron debían conservar las pruebas en los archivos del fondo, dado que es esa 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.

Debe hacerse claridad además en que, si bien se alega por parte de las demandadas que la motivación de la demandante para ejercer esta acción es la cuantía de la mesada pensional, lo cierto es que, ello de ninguna manera desvirtúa o subsana la omisión de la AFP en su deber de información a la data de su traslado, pues la validez de dicho acto jurídico depende del consentimiento informado, es decir, de que la AFP hubiese atendido estrictamente o no su deber de información según el momento histórico en que debía cumplirse, supuesto en el que resulta inane si la mesada pensional presenta una presunta diferencia en su cuantía.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adocctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022,CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó la juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*“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.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales*

de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos» (CSJ SL1055-2022, 1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

Por lo tanto, se hace necesario primero, modificar el numeral primero de la decisión de instancia, para declarar la ineficacia y no la nulidad del traslado realizado por la demandante ANA MERCEDES TORRES JIMÉNEZ del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 20 de abril de 1999, a través de la afiliación a la administradora de fondos de pensiones COLPATRIA S.A., hoy AFP PORVENIR S.A.; y segundo, adicionar el numeral segundo, en el sentido de ordenar a la AFP Porvenir S.A, el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquellas, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta del demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no vulnera el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

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

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

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas AFP Porvenir S.A., y Colpensiones, como quiera que sus recursos de alzada no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **DECLARAR** la **ineficacia** del traslado realizado por la demandante ANA MERCEDES TORRES JIMÉNEZ del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 20 de abril de 1999, a través de la afiliación a la administradora de fondos de pensiones COLPATRIA S.A., hoy AFP PORVENIR S.A.

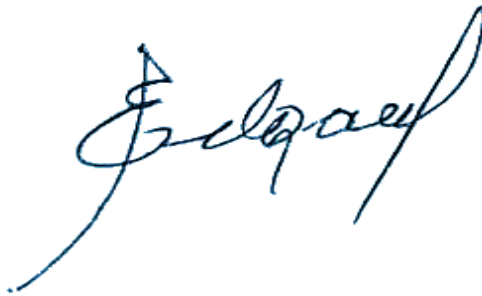
SEGUNDO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a la demandada AFP Porvenir S.A., a trasladar a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante ANA MERCEDES TORRES JIMÉNEZ, esto es, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos

e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir y Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

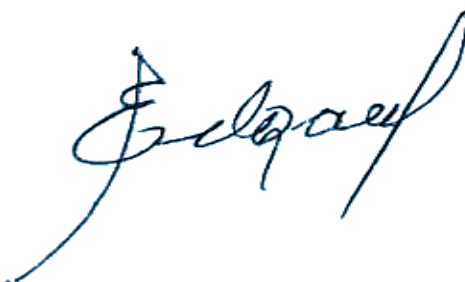
En uso de permiso
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir y Colpensiones, la suma de \$1.000.000, para cada una.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Edgar', with a long, sweeping horizontal stroke extending to the left.

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE INÉS HELENA DEL SOCORRO GÓMEZ SÁNCHEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., Y ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:**ANTECEDENTES**

Pretende la señora **INÉS HELENA DEL SOCORRO GÓMEZ SÁNCHEZ**, se **declare** la nulidad e ineficacia del traslado de régimen realizado el 23 de octubre de 1995 del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) inicialmente con la AFP Protección S.A., y posteriormente con Porvenir S.A. En consecuencia, se **ordene** a las AFP demandadas trasladar a Colpensiones todo el dinero que se encuentra depositado en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales; se **ordene** a Colpensiones recibirla sin solución de continuidad en esa entidad; se **condene** a las demandadas ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 5- 21 archivo 1 exp. digital), señaló en síntesis que, nació el 27 de enero de 1962; que se afilió al ISS el 2 de diciembre de 1994; que fue servidora pública en la Procuraduría General de la

Nación donde acumuló 52,42 semanas; y de la DIAN donde obtuvo 369,71 semanas; que en el RPM aportó 469,67 semanas; que el 23 de octubre de 1995 se trasladó del RPM al RAIS a través de la afiliación a la AFP Protección S.A., y que posteriormente se vinculó con la AFP Porvenir S.A. donde en total cotizó 1.169 semanas; las que sumadas a las que obtuvo en el RPM arrojaba un total de 1.638 semanas.

Narró que su traslado de régimen pensional no estuvo precedido de la suficiente información por parte de la AFP Protección S.A., por lo que no existía consentimiento libre y voluntario; que Porvenir no le informó antes de enero de 2009 sobre la imposibilidad de trasladarse cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad mínima de pensión; y que solicitó a Porvenir, Protección y Colpensiones su traslado del RAIS al RPM (nulidad del traslado).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 127-143 archivo 1 exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora, que se afilió al ISS, y que elevó petición ante esa entidad; frente a los demás señaló que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones las de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; inexistencia del derecho reclamado; prescripción; buena fe; inexistencia de intereses moratorios e indexación; compensación; e innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (f.º 247-281 archivo 1 exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Frente a los hechos, informó que la demandante suscribió formulario de vinculación con esa entidad el 29 de octubre de 1999; frente a los demás señaló que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos y aclaró que la actora hizo la selección de ese régimen de forma libre y voluntaria, y que por tratarse de un sistema público y obligatorio, las condiciones de afiliación, traslado, cotizaciones y reconocimiento de prestaciones tanto en el RPM como en el RAIS estaban definidas y establecidas en su totalidad en la Ley.

Formuló las excepciones de prescripción; buena fe; inexistencia de la obligación; compensación; y la genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó (f.º 328-342 archivo 1 exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Frente a los hechos, aceptó la fecha

de nacimiento de la demandante, que ella se trasladó al RAIS a través de esa entidad de manera voluntaria mediante el formulario firmado el 23 de octubre de 1995, y que realizó solicitud a Protección S.A. en los términos descritos en la demanda, la cual fue respondida el día 10 de diciembre de 2018; frente a los demás señaló que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos, y aclaró que informó de manera objetiva e integral sobre todas las características del RAIS en comparación con el RPM, puntualmente sobre: i) cuenta de ahorro individual vs. fondo común; ii) capital acumulado vs. requisitos de edad y semanas de cotización; iii) garantía de pensión mínima en RAIS; y iv) devolución de saldos vs. indemnización sustitutiva.

En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS; inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro provisional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS; e innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 19 de noviembre de 2020 (archivo 7-8 exp. digital), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante INÉS HELENA DEL SOCORRO GÓMEZ SÁNCHEZ.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la demandante INÉS HELENA DEL SOCORRO GÓMEZ SÁNCHEZ. Por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$100.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas.

(...)

El Juzgado de primera instancia, **basó su decisión fundamentalmente** en que como quiera que las pretensiones de la demanda se fundaron en una omisión al deber de información por parte de la AFP Protección al momento de su traslado en el año 1995, el caso debía analizarse desde la óptica de la ineficacia y no de la nulidad.

Haciendo referencia a las diferentes sentencias relacionadas con la ineficacia del traslado que ha proferido la CSJ Sala Laboral, indicó que la carga de demostrar que sí informó a la afiliada de manera clara, completa, veraz y suficiente recaía sobre la AFP

Protección S.A., entidad que se encontraba en la posición de demostrar el supuesto de hecho positivo, es decir que no hubo asimetría en la información.

Señaló, que el deber de información al momento del traslado entre regímenes era una obligación que correspondía a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debía ser de tal diligencia, que permitiera comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

Agregó que le correspondía a Protección S.A. demostrar que al momento del traslado de régimen de la demandante le suministró información clara, completa y comprensible sobre los beneficios y desventajas del cambio de régimen, o si le informó sobre los riesgos y efectos negativos de su decisión, pues recordó que conforme a la línea jurisprudencial que desarrolla la materia, 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; 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; 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.

Advirtió, que Protección no cumplió con su carga de demostrar que brindó una ilustración a la actora en los términos antes señalados; no obstante, indicó que la demandante reclama un perjuicio, por lo que debía analizar si este estaba probado, agregando que de las pruebas obrantes en el expediente no se podía colegir que la pensión en el RAIS era inferior a la que le hubiese correspondido en el RPM, por lo que al no estar probado este, no era posible favorecer las pretensiones de la actora.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación argumentando que en este caso solo debía analizarse si las AFP habían cumplido con su deber de información en los términos establecidos por la jurisprudencia, y no verificar si a la demandante se le había causado un perjuicio, como quiera que ella cuando presentó la demanda aun no estaba en la edad de pensión, por ende, no tenía un derecho consolidado sobre el cual evaluar el presunto daño, máxime que la pretensión era la declaratoria de ineficacia del traslado y no la reparación de un daño.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de la AFP PROTECCION S.A., y posteriormente a la AFP Porvenir S.A., es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por la demandante en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión que: *i)* la señora INÉS HELENA DEL SOCORRO GÓMEZ SÁNCHEZ estuvo afiliada al RPM, inicialmente por haber laborado con la Procuraduría General de la Nación entre el 19 de febrero de 1984 y el mismo día y mes de 1985, posteriormente trabajó para la DIAN desde el 30 de septiembre de 1987 hasta el 30 de octubre de 1994 (f.º 55 archivo 1 exp. Digital), y a partir del 2 de diciembre de 1994 y hasta el 31 de octubre de 1995 estuvo aportando al ISS; *ii)* que el 23 de octubre de 1995 se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Protección S.A. (f.º 343 archivo 1 exp. digital), el cual se hizo efectivo a partir del 1º de noviembre de 1995 (f.º 344 archivo 1 exp. digital); y *iii)* que el 29 de octubre de 1999 se trasladó entre fondos privados mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir el cual se hizo efectivo a partir del 1º de diciembre de 1999 (f.º 283 archivo 1 exp. digital), AFP en la que se encuentra actualmente.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala, tres aspectos, el primero que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse desde su **ineficacia** puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considere se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL1565 - 2022). Por consiguiente, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, o como lo hizo el *a quo* en este caso, la prueba de un perjuicio, ya que, al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

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

Y el tercero, que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble

asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –23 de octubre de 1995-, la obligación de la AFP Protección, quien fue la que provocó el cambio de régimen, se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, entre muchas otras), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Protección suscrito el 23 de octubre de 1995, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que la AFP Porvenir cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Y es que en este punto debe advertirse que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los*

fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado» (CSJ SL1741-2021 en la que se reiteran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, como en el *sub lite* que la actora pasó de Protección a Porvenir, o porque le realizaron una reasesoría, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Sala que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado la afiliada traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen, es porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demuestra su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.** (Negrillas fuera del texto original).*

***De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.** (Negrillas fuera del texto original).*

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

Entonces, al no haber constancia de que Protección S.A. al momento del traslado de régimen pensional hubiese suministrado a la afiliada información clara, precisa y oportuna sobre las características, condiciones, consecuencias y riesgos del cambio de régimen, a pesar de ser esa su carga, trae como consecuencia que el mismo sea declarado como **ineficaz**, máxime que como se explicó desde un principio, el hecho de que la actora hubiese indicado en uno de los hechos de su demanda que el monto de su pensión en el RAIS es inferior a la del RPM, de ninguna manera desvirtúa o subsana la omisión de la AFP en su deber de información a la data de su traslado, pues la validez de dicho acto jurídico depende del consentimiento informado, es decir, de que la AFP hubiese atendido estrictamente o no su deber de información según el momento histórico en que debía cumplirse, supuesto en el que resulta inane si la mesada pensional presenta una presunta diferencia en su cuantía.

En esta perspectiva, la declaratoria de ineficacia hace que las cosas vuelvan al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación; o dicho,

en otros términos, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795.2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

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.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión

mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos» (CSJ SL1055-2022, 1055-2022, entre muchas otras), por lo que se dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones.

Bajo el anterior contexto, se hace necesario **REVOCAR** la decisión de primera instancia para en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda en el sentido de declarar la ineficacia del traslado realizado por la demandante **INÉS HELENA DEL SOCORRO GÓMEZ SÁNCHEZ** el 23 de octubre de 1995, del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, por lo que el acto jurídico del traslado no produjo efectos afectando también el traslado a la AFP Porvenir S.A., pues ante la violación del deber de información dicho acto no puede proyectarse en el mundo de las relaciones jurídicas, razón por la cual se impone el regreso automático de la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

En consecuencia, se condenará a la AFP Protección y Porvenir, a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquellas, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual. Al momento de cumplirse esta orden, los 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 (CSJ SL1055-2022, 1055-2022).

Lo anterior, no vulnera el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

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

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

Así las cosas y sin más consideraciones, se revocará la sentencia de primer grado en la forma antes anotada.

COSTAS

Las de ambas instancias a cargo de las demandadas COLPENSIONES, AFP PROTECCIÓN Y AFP PORVENIR S.A., como quiera que el recurso de apelación salió avante y en virtud del numeral 4 del artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia emitida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, el 19 de noviembre de 2020, para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora **INÉS HELENA DEL SOCORRO GÓMEZ SÁNCHEZ** al régimen de ahorro individual el 23 de octubre de 1995, por intermedio de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, en consecuencia, declarar válida la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, administrado por **COLPENSIONES**.

SEGUNDO: CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, a trasladar a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas

de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los 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.

TERCERO: CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a trasladar a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad desde el 1° de diciembre de 1999 y en adelante, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, más los rendimientos, y bonos pensionales si los hubiere. Al momento de cumplirse esta orden, los 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.

CUARTO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas conforme a lo motivado.

SEXTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de **COLPENSIONES, AFP PROTECCIÓN Y AFP PORVENIR S.A.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

En uso de permiso
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. Y AFP PROTECCIÓN, la suma de \$1.000.000, para cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ALFONSO GUERRERO URREA CONTRA
COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVINTEGRAL, Y POLLOS PLG SAS.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA**ANTECEDENTES**

Pretende el señor ALFONSO GUERRERO URREA, se declare la existencia de una relación laboral con las demandadas bajo el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, con fecha de inicio 16 de abril de 2007 y de finalización 1° de julio de 2013, vinculación que terminó de manera unilateral y sin justa causa; en consecuencia se **condene** a pagarle las cesantías e intereses a las mismas, la prima de servicios, las vacaciones, los aportes a pensión, salud, ARL y parafiscales, y lo equivalente a 4 horas extras diarias de trabajo, causadas durante toda la relación laboral; se ordene el pago de las indemnizaciones de que tratan los artículos 64 y 65 del CST, y 99 de la Ley 50 de 1990; el reconocimiento del subsidio de vivienda familiar en cuantía de \$12.000.000, los perjuicios morales en suma de \$5.000.000; y ultra y extra petita.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 8-34), señaló que Pollos PLG SAS lo contrató por intermedio de la CTA Servintegral, que prestó sus servicios personales a las demandadas desde el 16 de abril de 2007 hasta el 1° de julio de 2013, desempeñando el cargo de operario de granja servicios varios en las

granjas de Pollos PLG SAS en Fusagasugá, siendo sus funciones i) el levantamiento de pollos, ii) atender las necesidades que se presentaran en los galpones, iii) hacer mantenimiento a las granjas avícolas, y iv) el cuidado y mantenimiento de los galpones; que su último salario devengado fue de \$780.000, que cumplía un horario de 7 am a 7 pm de lunes a sábado, y en algunas ocasiones laboraba los domingos, y que las accionadas le impartían órdenes y se encontraba sometido a su poder subordinante.

Narró, que entre Pollos PLG SAS y la CTA Servintegral existió un vínculo contractual, que la primera desarrollaba su objeto social con mano de obra suministrada por la CTA; que los implementos y bienes, tales como granjas, herramientas, equipos industriales, galpones, carros, pollos, entre otros, con los que laboraba pertenecían a Pollos PLG SAS, por lo que era esta última empresa su verdadera empleadora.

Indicó, que fue despedido sin justa causa, y que a la fecha no le han cancelado sus prestaciones sociales, vacaciones, y aportes al sistema de seguridad social y parafiscales.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

POLLOS PLG SAS contestó (f.º 61-72) oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó que tuvo una vinculación contractual con la CTA Servintegral, y que era propietaria de los bienes referentes al desarrollo de su objeto social; señaló que las labores realizadas por el señor Guerrero eran direccionadas u orientadas bajo el marco de la relación contractual que sostuvo esa empresa con la CTA, que el posible vínculo laboral del actor se ejecutó fue con la CTA Servintegral; frente a los demás indicó que no le constaban porque se referían a un tercero.

Propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, cosa juzgada, y buena fe.

Expuso que la Superintendencia de Sociedades mediante Auto 400.012752 del 18 de julio de 2013 había decretado la liquidación judicial de POLLOS PLG SAS, que el demandante no presentó liquidación de crédito ni demanda para tenerlo como crédito litigioso; y que la CTA Servintegral presentó crédito por valor de \$575.224.409 reconocido por la SuperSociedades, y dentro del cual estaba incluido

el demandante como asociado de esa cooperativa. Se allegó auto 400-018095 del 15 de diciembre de 2017 sobre la terminación del proceso liquidatorio (f.º 286-288).

A la Cooperativa de trabajo asociado Servintegral se le nombró curador ad litem (f.º 176-177), quien contestó la demanda (f.º 208-215), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos señaló que no le constaba ninguno, y propuso como excepciones las de inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, abuso del derecho por parte del actor, y prescripción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 27 de enero de 2020 (CD – fl. 289-291), resolvió absolver a las demandadas de la totalidad de las pretensiones incoadas por la parte actora y la condenó en costas.

Fijó como problema jurídico determinar la existencia de un presunto contrato de trabajo entre las partes, que generara derechos laborales a favor del demandante.

Fundamentó su decisión en que, le correspondía a la parte demandante la carga de probar la existencia de la relación laboral y los extremos indicados en la demanda conforme el artículo 167 del CGP, como quiera que la demandada POLLOS PLG SAS no aceptó la existencia del contrato de trabajo con el actor, debiéndose probar la relación laboral o tipo de vinculación que existió con la CTA Servintegral, para así establecer si había alguna responsabilidad por parte de POLLOS PLG SAS en la prestación de dichos servicios a la cooperativa.

Indicó, que el demandante lo único que allegó al expediente como prueba documental fue el certificado de existencia y representación legal de la demandada POLLOS PLG SAS, y que el interrogatorio de parte al representante legal de esa empresa, decretado no se realizó por que la parte actora no compareció a las diferentes audiencias programadas para el efecto, por tanto, consideró que *“su desinterés fue total y absoluto”*, por lo que no encontraba prueba alguna que acreditará la relación laboral pretendida con cualquiera de las dos demandadas.

La parte demandante a quien le fue adversa la decisión, no interpuso recurso algo.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados, procede esta Sala en grado jurisdiccional de consulta conforme lo establece el artículo 69 del CPTSS, a determinar, si entre el demandante y la empresa Pollos PLG SAS existió un contrato de trabajo entre el 16 de abril de 2007 y el 1° de julio de 2013, y **solo de ser así**, se analizará la procedencia de las peticiones de condena.

De la relación laboral

Empieza esta Sala por recordar, que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, constituye un elemento esencial de nuestro ordenamiento jurídico laboral, el que se encuentra consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, conforme al cual los jueces pueden dejar a un lado las formas convenidas por las partes de una relación contractual para darle prevalencia a lo que en verdad acreditan las condiciones bajo las cuales se desarrolla el negocio jurídico pactado, por lo que si de dichas circunstancias se evidencia el elemento de la subordinación característico de un contrato de trabajo, se imponen las consecuencias jurídicas que prevé la ley.

Asimismo, en consonancia con el referido principio, está el artículo 24 del CST, según el cual, toda prestación personal de servicio remunerada se presume regida por un contrato de trabajo, disposición que supone que al trabajador le basta demostrar la ejecución personal de la actividad, para que se presuma que se desarrolló bajo una relación de naturaleza laboral, supuesto que radica en cabeza del empleador la carga de desvirtuar el hecho presumido a través de elementos de convicción que acrediten que el servicio se ejecutó de manera independiente y autónoma, y sin el lleno de los presupuestos exigidos por la ley, para no tener tal condición.

Así, quien pretenda la declaratoria de un contrato de trabajo, debe acreditar, por lo menos la prestación personal del servicio y los extremos temporales en los cuales afirma se desarrolló la labor, para dar aplicación a la presunción contenida en el artículo 24 del CST (CSJ SL, 1.º jul. 2009, rad. 30437, CSJ SL, 5 ag. 2009, rad. 36549, CSJ SL, 13 abr. 2010, rad. 34223, CSJ SL, 6 mar. 2012, rad. 42167, CSJ SL6621-2017, CSJ SL2536-2018, CSJ SL1166-2018, CSJ SL460-2021, entre otras).

Bajo este panorama la Sala entrará a verificar el material probatorio con el fin de determinar si el demandante en la realidad tuvo una vinculación de tipo laboral con la empresa POLLOS PLG SAS entre el 16 de abril de 2007 y el 1° de julio de 2013.

1. Como pruebas documentales solo allegó los certificados de existencia y representación legal de las demandadas POLLOS PLG SAS y Cooperativa de trabajo asociado Servintegral (f.° 3-7), de los que no se extrae nada acerca de la prestación personal de los servicios del actor a favor de Pollos PLG SAS, ni de su relación contractual con la CTA.
2. Si bien solicitó se decretaran 24 testimonios, y una inspección judicial a las instalaciones de las demandadas, estas fueron negadas en la audiencia celebrada el 24 de abril de 2017 (f.° 234-236), a la cual el demandante y su apoderado no asistieron, quedando en firme esa decisión.
3. Las documentales solicitadas en exhibición de documentos a las demandadas no fueron allegadas.
4. De los interrogatorios de parte a los representantes legales de las demandadas, solo se decretó respecto de POLLOS PLG SAS, el cual no se rindió porque el demandante y su apoderado no asistieron a las audiencias programadas para ese fin, pese a existir varios requerimientos y citaciones.

Adicionalmente POLLOS PLG SAS en su contestación de demanda solo aportó las documentales que soportaban la liquidación judicial de esa empresa (f.° 74-129), de la cual se observa que se reconoció a la Cooperativa de trabajo asociado Servintegral por créditos de primera clase la suma de \$531.229.145, y en la adjudicación de bienes se evidencia que al actor se le entregó la suma de \$201.160 en efectivo y \$1.320.710 en el predio de matrícula 157-10932.

Conforme lo anterior, encuentra esta Sala que el proceso se halla totalmente carente de material probatorio frente a la carga que le correspondía a la parte demandante para lograr que se diera aplicación a la presunción de contrato de trabajo que consagra el artículo 24 del CST.

Además, también se observa que la Cooperativa de trabajo asociado Servintegral lo relacionó como trabajador asociado en el crédito presentado ante el liquidador de POLLOS PLG SAS y frente a la SuperSociedades, crédito que fue calificado como de primera clase y que gracias a ello le fue adjudicada una suma de dinero en efectivo y otra en especie.

Bajo este horizonte, y conforme a los elementos de juicio arrimados al informativo, no se logra extraer que el actor hubiese prestado unos servicios de manera personal a Pollos PLG SAS (art. 23 del CST), o que se beneficiara de su fuerza de trabajo como trabajador asociado de la CTA mencionada, y mucho menos los extremos temporales de esa posible vinculación, lo que hace imposible dar aplicación al artículo 24 del CST.

En consecuencia, se confirmará la decisión consultada.

COSTAS

Sin costas esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, proferida por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Edgar Rendón Londoño', written in a cursive style.

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

En uso de permiso
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial**Tribunal Superior del Distrito Judicial****Bogotá D. C.****SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JUAN ARTURO MARTÍNEZ DÍAZ
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:**ANTECEDENTES**

Pretende el señor **JUAN ARTURO MARTÍNEZ DÍAZ** se **declare** la nulidad y/o ineficacia del contrato de administración de aportes pensionales celebrado con Colfondos S.A., por el incumplimiento de la AFP al no brindarle información oportuna, veraz y completa que le permitiera tomar decisiones acertadas sobre su futuro pensional; que se **condene** a la AFP Colfondos S.A., a devolver a Colpensiones las semanas, debidamente indexadas, percibidas por aportes, rendimientos, gastos de administración y cualquier diferencia económica que surja para asegurar la financiación de su pensión en el régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM); se **condene** al Colpensiones a reconocerle y pagarle la pensión de vejez; y se **condene** a las demandadas ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 3-27), señaló en síntesis, que nació el 6 de noviembre de 1962; que se afilió al ISS el 14 de agosto de 1987; que el 23 de abril de 1998 se trasladó al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A., donde permanece hasta la actualidad.

Narró, que la información suministrada por la AFP fue que era mucho mejor pertenecer al RAIS, porque se podía definir la fecha de pensión sin necesidad de semanas acumuladas ni de edad, siempre y cuando tuviese ahorrado el 110% del capital que se necesitaba para pensionarse con un SMMLV; que si moría y tenía hijos mayores de 25 años, en el ISS no le iban a responder; y que el ISS estaba debilitado en sus ahorros para responderle a todos los pensionados; que Colfondos el 9 de agosto de 2019 le informó que su mesada pensional en el RAIS sería de \$3.073.906 y en el RPM equivaldría a 3.997.833; mediante petición radicada el 15 de julio de 2019 ante Colpensiones solicitó regresar al RPM, pero le contestaron que ello no era procedente; y que el 15 de agosto de 2019 petitionó el retiro de la AFP Colfondos, pero que fue negado por esa entidad.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 72 CD), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, su vinculación al ISS y que presentó petición, la cual fue negada; frente a los demás señaló que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil; descapitalización del sistema pensional; inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; prescripción de la acción laboral; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público; e innominada o genérica.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS contestó (f.º 70 CD), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó únicamente la vinculación al RAIS mediante la suscripción del formulario de afiliación de fecha 23 de abril de 1998, de manera libre voluntaria e informada; frente a los demás expuso a unos que no le constaban por corresponder a un tercero y a otros que no eran ciertos, y aclaró que dentro de la asesoría integral, se le explicó las condiciones, requisitos, ventajas y desventajas, de cada régimen pensional, incluyendo una asesoría sobre bonos pensionales y aportes a pensiones voluntarias, explicándoles que los mismos ayudarían a financiar su pensión.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación; falta de legitimación en la causa por pasiva; buena fe; ausencia de vicios del consentimiento; validez de la

afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad; ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A.; prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado; compensación y pago; e innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 15 de marzo de 2021 (CD – f.º 86), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor JUAN ARTURO MARTÍNEZ DÍAZ al régimen de ahorro individual dado el 23 de abril de 1998 con fecha de efectividad a partir de junio de 1998, por intermedio de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación del demandante JUAN ARTURO MARTÍNEZ DÍAZ tales como: -aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, los cuales deben asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado. Para ello se concede el término de un (1) mes.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

CUARTO: ABSOLVER a COLPENSIONES y COLFONDOS de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES conforme a lo motivado.

SEXTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de COLFONDOS S.A., fijando como agencias en derecho la suma de \$1.500.000. Sin costas en contra de COLPENSIONES.

SÉPTIMO: CONSÚLTESE esta decisión CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES.

Fundamentó su decisión, en que, conforme las documentales aportadas existía certeza de que el demandante estuvo afiliado al RPM donde hizo aportes desde el 1º de febrero de 1988 alcanzando 309,14 semanas; y que se trasladó al RAIS a través de Colfondos mediante la suscripción del formulario de vinculación el 23 de abril de 1998.

Realizó mención de la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema, considerando que para determinar si el traslado de régimen pensional estuvo precedido de la voluntad del afiliado se requería que la AFP hubiese suministrado al potencial afiliado información completa, clara y comprensible de todas las condiciones específicas de su situación pensional, y que el acto jurídico estuviese precedido de una ilustración como mínimo acerca de las características de condiciones, accesos, ventajas, desventajas de cada uno de los regímenes pensionales así como las consecuencias del traslado, advirtiendo que la carga de la prueba recaía en cabeza de la AFP.

Señaló, que ese deber de información debía cumplirse al momento del traslado, que para este caso era 1998, no obstante, esa obligación no se encontraba acreditada, pues si bien se había allegado el formulario de afiliación con una leyenda de que el traslado se había realizado de manera libre y voluntaria, situación que el demandante también aceptó en su interrogatorio de parte, lo cierto era que estos no probaban el consentimiento informado, porque de ellos no se desprendía que al actor se le hubiese ilustrado en los términos referidos por la jurisprudencia.

Explicó, que aunque el demandante aceptó que conocía algunas características del RAIS, no sucedía lo mismo frente al RPM, y ello no era suficiente para dar por acreditado que al momento del traslado lo hubiesen ilustrado sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de ambos regímenes pensionales. En consecuencia, accedería a las pretensiones de la demanda respecto de la ineficacia del traslado.

Finalmente, expresó frente a la pretensión de reconocimiento y pago de la pensión de vejez, que conforme los pronunciamientos de este Tribunal, Colpensiones solo tendría a cargo esa obligación una vez surtido el traslado de los aportes del actor, y en ese momento deberá definir si el demandante tiene derecho a esa prestación.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación afirmando que en este caso no nos encontrábamos frente a lo estipulado en los artículos 1508 a 1510, 1740 y ss del CC, porque el actor firmó el formulario de vinculación a la AFP Colfondos de manera libre, voluntaria y sin presiones, además de haberse trasladado de conformidad con lo establecido en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Señaló, que en este caso no existía prueba de si existió o no vicios en el consentimiento, entendido como el deber de información, pues en este caso era el afiliado quien le debía a la AFP la realización de sus aportes y solo hasta que se pensionara se invertían las cargas, por lo que no era a la AFP a quien le correspondía probar. Agregó que resultaba imposible probar hechos ocurridos en 1998 habiendo transcurrido más de 20 años y que nadie está obligado a lo imposible.

Consideró, que el deber de información según la jurisprudencia estaba basado en el Decreto 663 de 1993 el cual solo se materializó con la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, y con anterioridad a estos las AFP solo contaban con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación, porque la norma no exigía nada más.

De otro lado, explicó que el demandante no era beneficiario del régimen de transición, por lo que no podía regresar al RPM en cualquier momento; y que una persona que no ha estado en el RPM por más de 20 años no podía pretender que el sistema fuera solidario con ella, porque esto pondría en riesgo el pago de las mesadas de las personas que siempre han permanecido en Colpensiones.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS No interpuso recurso.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, y en grado jurisdiccional de consulta a favor de esa misma entidad frente a lo que no fue materia de alzada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Colfondos S.A., es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por el actor en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión que: i) el señor JUAN ARTURO MARTÍNEZ DÍAZ se afilió al ISS donde aportó desde el 1° de febrero de 1988 hasta el

28 de marzo de 1998 la suma de 309,14 semanas (f.º 72 CD); y *ii*) que el **23 de abril de 1998** se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Colfondos S.A. (f.º 32-34), AFP en la que se encuentra actualmente.

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

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

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

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

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

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –23 de abril de 1998-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «libre y voluntariamente» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Colfondos tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede

sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019),

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de vinculación o traslado a la AFP Colfondos suscrito el 23 de abril de 1998, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que la AFP Colfondos cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

Es pertinente anotar, que no resulta de recibo la afirmación de Colpensiones al señalar que en la primera etapa a las AFP no les asistía obligación de guardar documentación acerca de la asesoría brindada al potencial afiliado, ya que, eso no es lo que se está exigiendo, pues las partes del proceso tiene libertad probatoria, lo que implica que los fondos privados pueden usar cualquier medio para demostrar que entregaron, en este caso, al demandante, una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras, y si así lo hicieron debían conservar las pruebas en los archivos del fondo, dado que es esa 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.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna

sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó la juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

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.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, 1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

Por lo tanto, se hace necesario adicionar la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar a la AFP Colfondos S.A, el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquellas, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta del demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no

está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

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

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandada Colpensiones, como quiera que su recurso de alzada no prosperó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante JUAN ARTURO MARTÍNEZ DÍAZ, esto es, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

En uso de permiso
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones,
la suma de \$1.000.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA BLANCA RIVERA PARDO
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, Y ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:**ANTECEDENTES**

Pretende la señora **MARÍA BLANCA RIVERA PARDO**, se **declare** la nulidad del traslado de régimen que realizó en febrero de 2000 a través de la AFP Porvenir S.A., al ser beneficiaria del régimen de transición y porque esa entidad no le brindó información veraz, clara, y oportuna de las ventajas y desventajas que ocasionaría dicho traslado. En consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se **ordene** a Colpensiones tenerla como afiliada al régimen de prima media, dado que Cajanal ya está liquidada; recibir los aportes del empleador COLBYSER CBS LTDA hoy COLBYSER CBS S.A., a través de cálculo actuarial; se **condene** a la AFP Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones los aportes realizados desde la fecha en que se hizo efectiva la vinculación al RAIS; y se **condene** a las demandadas ultra y extra petita y a las costas del proceso.

Como pretensiones subsidiarias, solicitó que se acepte el traslado del régimen de prima media con prestación definida al RAIS, por ser beneficiaria del régimen de transición al cumplir con los requisitos exigidos por la Ley 100 de 1993 al 1° de abril

de 1994 y por el Acto Legislativo 01 de 2005 al 25 de julio de 2005, con las mismas consecuencias referidas en el párrafo anterior.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 153-183), señaló en síntesis que nació el 13 de septiembre de 1958, por lo que al 1º de abril de 1994 tenía más de 35 años de edad; que inició su vida laboral como servidora pública realizando aportes al régimen de prima media a través de Cajanal entre el 13 de enero de 1981 y el 26 de enero de 1989 y desde el 16 de junio de 1992 hasta 31 de enero del 2000, y al ISS entre el 1º de febrero de 1989 y el 30 de abril de 1992 a través del empleador COLBYSER CBS LTDA hoy COLBYSER CBS S.A. el cual debe pagar por ese periodo un cálculo actuarial, que fue solicitado ante Colpensiones el 18 de abril de 2017, el 16 de junio de esa misma anualidad, y el 10 de octubre de igual año, pero que esa entidad respondió que la encargada de proyectar dicho cálculo era la entidad a la cual se encontraba válidamente afiliada.

Agregó, que la AFP Porvenir S.A., liquidó el cálculo actuarial por el tiempo laborado a COLBYSER CBS LTDA hoy COLBYSER CBS S.A. entre el 1º de febrero de 1989 y el 30 de abril de 1992, el cual fue pagado a través de consignación en el Banco de Occidente por valor de \$24.982.767 y \$274.810.

Narró, que se trasladó del RPM al RAIS el 17 de diciembre de 1999 cuando suscribió formulario de afiliación con Porvenir S.A., porque le indicaron que allí el valor de su mesada pensional sería igual o superior a que le otorgaría el ISS hoy Colpensiones, y que el ISS estaba en liquidación; que Porvenir omitió suministrarle información veraz, suficiente y oportuna en el sentido de explicarle de manera clara y expresa, la pérdida de los beneficios propios del régimen de transición o del RPM que implicaría el cambio de régimen pensional.

Expuso, que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 tenía 912 semanas cotizadas al sistema general de pensiones; que el 6 de octubre de 2010 solicitó ante Porvenir el traslado a Colpensiones, pero que este fue negado; que el 4 de abril de 2013 petitionó ante Colpensiones aceptar su regreso al RPM; que su mesada pensional en el RAIS es inferior a la que posiblemente le hubiese correspondido en el RPM; que el 22 de febrero de 2019 agotó la vía gubernativa, pero que le informaron que sus peticiones no eran procedentes.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 200-221), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora y su edad al 1º de abril de 1994, lo referente a la solicitud del cálculo actuarial y la contestación por parte de esta entidad en el sentido de que era Porvenir la encargada de liquidarlo, que petitionó que se le tuviera como afiliada al RPM, pero que la misma fue negada y que agotó la reclamación administrativa; frente a los demás dijo que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones las de descapitalización del sistema pensional; inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; prescripción; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público; e innominada.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (f.º 228-258), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y su edad al 1º de abril de 1994, que el traslado al RAIS se hizo a través de la firma de un formulario con esa AFP, lo referente al cálculo actuarial y su pago por parte del empleador COLBYSER CBS LTDA hoy COLBYSER CBS S.A., que solicitó anular la afiliación al RAIS, pero que la misma se negó; frente a los demás expuso que no le constaban por ser ajenos a ella, o que no eran ciertos, concretamente explicó que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, que ella se trasladó al RAIS de manera libre y espontánea, sin presiones e informada por parte de esa entidad después de haber recibido una asesoría verbal y con el pleno cumplimiento de lo establecido en el numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, y que fue con la expedición del Decreto 2555 de 2010, Decreto 2071 de 2015 y Ley 1748 de 2015 que a las AFP le surgió la obligación del deber de información y asesoría.

Propuso como excepciones las de prescripción; prescripción de la acción de nulidad; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación; y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado veintidós Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 11 de diciembre de 2020 (f.º 305 CD), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD del traslado efectuado por la señora MARIA BLANCA RIVERA PARDO CC. 51.608.459 al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 17 de diciembre de 1999

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A, fondo al que se encuentra afiliada la señora MARIA BLANCA RIVERA PARDO CC. 51.608.459, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, conforme quedaron explicados en esta providencia.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADA las excepciones propuestas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR en costas a la demandada PORVENIR S.A en la de 1 SMLMV.

QUINTO: En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de Colpensiones CONSÚLTESE, a su favor ante el Superior inmediato, en los términos del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

El Juzgado de primera instancia, **basó su decisión fundamentalmente** en los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia sobre ineficacia del traslado, y citó en extenso la sentencia CSJ SL1452-2019, para extraer de ella que las AFP: i) desde su fundación, se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada, transparente, completa y comprensible a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «*un juicio claro y objetivo*» de «*las mejores opciones del mercado*»; ii) tienen una doble calidad de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, por lo que el cumplimiento al deber de información debía ser mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues estas debían ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «*formadas en la ética del servicio público*»; y iii) como administrador experto debe informar al afiliado lego, en materias de alta complejidad, lo que implicaba dar a conocer «*las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes*».

Explicó, que dicho deber de información era relevante porque de él dependía si la decisión de traslado de régimen pensional era consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Agregó que desde luego con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esa exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría.

Advirtió, que la firma del formulario de afiliación, 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 eran suficientes para dar por

demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditaban un consentimiento, pero no informado. Y que el acto jurídico de cambio de régimen debía estar precedido como mínimo de una ilustración, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Señaló, que ni la legislación ni la jurisprudencia tenían establecido que se deba contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado por incumplimiento del deber de información.

Expuso, que de las pruebas obrantes en el expediente se observaba que la demandante se había trasladado del RPM administrado por Cajanal al RAIS el 17 de diciembre de 1999 a través de la AFP Porvenir, siendo esta última quien tenía la carga de demostrar que información le había suministrado a la actora en dicha fecha, no obstante, no cumplió con la misma, ya que, si bien en el interrogatorio de parte rendido por la demandante esta aceptó que Porvenir la ilustró sobre algunas características del RAIS, ello no era suficiente en la medida que no le había explicado nada acerca del RPM, por lo que el traslado se había tornado ineficaz.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, argumentando que la demandante no probó los vicios en el consentimiento, error, fuerza y dolo, y que frente a estos la carga de la prueba no puede invertirse.

Frente al deber de información, señaló que para la data en que se dio el traslado de régimen de la demandante su obligación solo era brindar una información clara, completa y suficiente, pero nada más, que no tenía que realizarle una doble asesoría, o una proyección pensional o un comparativo entre el RPM y el RAIS, que su asesor le presentó un panorama general a la demandante sobre las características del RAIS. Agregó que la demandante no cumplió con su deber de informarse pese a que contaba con múltiples herramientas para hacerlo (telefónicos, virtuales o físicos), y a que es una abogada con posgrado lo que le facilitaba comprender las normas que regulaban ambos regímenes pensionales.

Advirtió que lo único que motiva a la actora en este proceso es la diferencia aritmética que existirá en el monto de su mesada en el RPM y en el RAIS, lo que era apenas lógico porque se trataba de dos sistemas totalmente diferentes.

Finalmente expuso, que si la demandante hubiese permanecido en el RPM sus aporten no hubiesen generado los rendimientos financieros que, sí se dieron en el RAIS que para el caso eran de casi el 200% de los aportes realizados, los cuales fueron producto de la buena administración de la AFP, por lo que, si se ordenaba la devolución de las cotizaciones y de sus rendimientos, no había lugar a reintegrar también los gastos de administración, al tratarse de restituciones mutuas.

COLPENSIONES sustenta su recurso de apelación en que la decisión de primera instancia conlleva consecuencias que afectan el patrimonio de esa entidad, puntualmente la sostenibilidad financiera del sistema.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver los recursos de apelación presentados por Porvenir S.A., y Colpensiones y, de igual forma, en el grado jurisdiccional de consulta respecto de esta última en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Porvenir S.A., es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión que: *i)* la señora MARÍA BLANCA RIVERA PARDO estuvo afiliada al régimen de prima media a través de CAJANAL aportando entre el 13 de enero de 1981 y el 26 de enero de 1989 (f.º 8-10 y 289) y desde el 16 de junio de 1992 hasta 31 de enero del 2000 (f.º 11); *ii)* que el 17 de diciembre de 1999 se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Porvenir del 1º de febrero del 2000 (f.º 294 y 260), AFP en la que se encuentra actualmente; y *iii)* que el empleador COLBYSER CBS LTDA hoy

COLBYSER CBS S.A., pagó a Porvenir un cálculo actuarial en favor de la demandante por el periodo comprendido entre el 1° de febrero de 1989 y el 30 de abril de 1992.

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, contrario a lo afirmado por la apoderada de Porvenir, **no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo**, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

En ese contexto desde ya precisa esta Sala que, lo que se declarará es la ineficacia del traslado, dado que conforme se expuso en la sentencia CSJ SL2877-2020, reiterada entre otras en las providencias CSJ SL5252-2021 y CSJ SL755-2022, en casos como el presente donde se acredita la falta de una debida información por parte del fondo privado lo que se genera es la ineficacia del acto jurídico del traslado y no su nulidad por las siguientes razones:

(...) 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.

Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el Juez en cada caso en particular.

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

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

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

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que «*existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito*» (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, «*Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de «*suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado*», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «*Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones*», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «*poder tomar decisiones informadas*».

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

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

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

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que

podieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

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

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –17 de diciembre de 1999-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de vinculación o traslado a la AFP Porvenir suscrito el 17 de diciembre de 1999 de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar a la afiliada una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre

las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

Es pertinente anotar que no resulta de recibo la afirmación de la AFP Porvenir al señalar que en la primera etapa no le asistía obligación realizar una doble asesoría, o una proyección pensional o un comparativo entre el RPM y el RAIS, ya que, eso no es lo que se está exigiendo, pues tan solo debe probar que ilustró al afiliado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que implica que los fondos privados pueden usar cualquier medio para demostrar que entregaron, en este caso, a la demandante esa información, pues si así lo hicieron debían conservar las pruebas en los archivos del fondo, dado que es esa 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.

Debe hacerse claridad además en que, si bien la actora señala que su motivación actualmente para invocar esta acción es la cuantía de la mesada pensional, lo cierto es que, ello de ninguna manera desvirtúa o subsana la omisión de la AFP en su deber de información a la data de su traslado, pues la validez de dicho acto jurídico depende del consentimiento informado, es decir, de que la AFP hubiese atendido estrictamente o no su deber de información según el momento histórico en que debía cumplirse, supuesto en el que resulta inane si la mesada pensional presenta una presunta diferencia en su cuantía.

Adicionalmente, resulta oportuno traer a colación la sentencia CSJ SL5655-2021, en la cual se definió que, una vez declarada la ineficacia, procedía el regreso de los afiliados de Cajanal, al régimen de prima media, hoy administrado por Colpensiones. Allí se indicó:

(...) es oportuno destacar que el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009 ordenó la supresión y liquidación de Cajanal y dispuso el traslado de sus afiliados al ISS, hoy Colpensiones.

Asimismo, que el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 creó la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, entidad a la que le delegó, entre otras funciones, el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas de los afiliados a Cajanal, «causados hasta su cesación de actividades como administradora; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras».

En este asunto no se discute que para la fecha en que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual -1.º de marzo de 2003- no tenía un derecho consolidado, de modo que la UGPP no tiene incidencia en el eventual reconocimiento de sus prestaciones (CSJ SL2208-2021).

Así las cosas, el regreso al statu quo implica que la actora debe ser redirigida al único ente que hoy administra las afiliaciones del régimen de prima media con prestación definida, esto es, el ISS, hoy Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, que asumió esta obligación conforme se indicó (subraya fuera del texto).

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ

SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*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.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, 1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta en los aspectos no apelados; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

Por tanto, se hace necesario, primero, modificar el numeral primero de la decisión de instancia, para declarar la ineficacia y no la nulidad del traslado realizado por la demandante MARIA BLANCA RIVERA PARDO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 17 de diciembre de 1999, a través de la afiliación a la administradora de fondos de pensiones AFP PORVENIR S.A.; y segundo, adicionar el numeral segundo, en el sentido de ordenar a la AFP PORVENIR S.A., el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la

financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

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

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

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES, y AFP PORVENIR S.A., como quiera que sus recursos de alzada no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE:

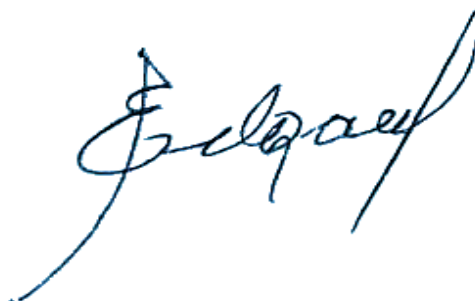
PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la demandante MARIA BLANCA RIVERA PARDO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 17 de diciembre de 1999, a través de la afiliación a la AFP PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación de la demandante MARÍA BLANCA RIVERA PARDO, esto es, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, lo pagado por calculo actuarial, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, y PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

En uso de permiso
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, y AFP PORVENIR S.A., la suma de \$1.000.000, para cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial**Tribunal Superior del Distrito Judicial****Bogotá D. C.****SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE HERNÁN RODRÍGUEZ URIBE
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, Y ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:**ANTECEDENTES**

Pretende el señor **HERNÁN RODRÍGUEZ URIBE** se **declare** la «*anulación por ineficacia*» de la afiliación y del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), ante la omisión del deber profesional de información de la AFP Porvenir S.A.; se **ordene** a Colpensiones activar su afiliación como si nunca hubiese abandonado dicho régimen. En consecuencia, se **ordene** a la AFP Porvenir S.A., devolver a Colpensiones todos los dineros que recibió con motivo de su afiliación, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubiesen causado, gastos de administración o cualquier otro, y la disminución en su capital de financiación de la pensión; se **condene** a la AFP Porvenir S.A., en caso de haberle otorgado previamente pensión, se siga pagando la misma hasta tanto sean trasladados los recursos a Colpensiones para financiar la deuda pensional y sea incluido en nómina de pensionados por esa entidad, con el propósito de que el

demandante no quede desprotegido de su derecho pensional; y se **condene** a las demandadas ultra y extra petita y a las costas del proceso.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 1-34), señaló en síntesis que se afilió al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 14 de abril de 1985; que el 26 de julio de 2004 se trasladó al RAIS afiliándose a la AFP Porvenir S.A.; que el promotor de esa AFP solo se limitó a llenar un formato preestablecido para la afiliación, pero sin entregarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto a las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el RAIS versus las consecuencias negativas o específicas de abandonar el RPM, y sus implicaciones sobre los derechos que debía tener en cuenta para tomar la decisión del cambio del régimen de pensiones.

Narró, que la AFP Porvenir S.A., no le entregó proyecciones, ni comparativos de lo que sería el valor de la pensión en los dos regímenes; no puso de presente la tabla de mortalidad de rentistas conforme la cual se liquidaba las pensiones y de la que dependía el valor de su mesada; no le explicó que si quería pensionarse antes de la edad requerida o en forma anticipada debía negociar el bono pensional y esa situación traería como resultado la disminución del valor de su prestación; no le indicó que si tenía cónyuge o compañero(a) permanente, o un hijo discapacitado o menor de edad al momento de liquidar su pensión la cuantía sería menor que en el RPM, porque esta se calcularía teniendo en cuenta la expectativa de vida conjunta tanto del afiliado como de sus beneficiarios; tampoco le informaron que tenía derecho a retractarse de la afiliación al RAIS; que no le dieron información suficiente y veraz para tomar la decisión de trasladarse al RAIS; y que los fondos privados entre ellos Porvenir S.A., con el objeto de obtener afiliaciones a ese régimen publicitaron información que faltaba a la verdad, u ocultaron la misma.

Expuso, que solicitó ante Colpensiones y la AFP Porvenir la anulación del traslado, pero que dicha petición fue negada por ambas entidades; y que realizadas las operaciones matemáticas de haber continuado aportando en el RPM le correspondería una mesada de \$3.825.500 mientras que en el RAIS sería de \$2.868.266.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 266-278), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la afiliación del actor al ISS desde el 18

de abril de 1985, que solicitó la anulación del traslado y que la misma fue negada, y que actualmente está vinculado con Porvenir S.A., frente a los demás señaló que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones las de cobro de lo no debido; prescripción; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; buena fe; inexistencia de la obligación; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política); hecho de un tercero; calidades del demandante para reconocer las consecuencias de su traslado; e innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (f.º 338 CD), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó que el actor se trasladó a ese fondo mediante la suscripción de formulario de afiliación el 26 de julio de 2004; que solicitó la anulación del traslado y que la misma fue negada; y que actualmente está vinculado con Porvenir S.A.; frente a los demás expuso a unos que no le constaban por corresponder a otra entidad y a otros que no eran ciertos, y aclaró que al momento del traslado de régimen pensional, al demandante se le brindó la información suficiente para generar una decisión libre y voluntaria a fin de elegir la opción que mejor se ajustara a sus intereses, explicándole las características del RAIS, sin mediar actuar negligente, omisivo o doloso por parte de esa entidad.

Formuló las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 25 de enero de 2021 (f.º 345 CD), resolvió:

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

SEGUNDO:CONDENAR a la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A** a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante **HERNÁN RODRÍGUEZ URIBE**, como cotizaciones, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se

hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia.

TERCERO: DECLARAR que el demandante HERNÁN RODRÍGUEZ URIBE se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida, administrado en su momento por el extinto I.S.S., y hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, por las razones expuestas.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

SEXTO: ORDENAR así fuere apelado este fallo en su oportunidad, se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el Superior, en razón que las pretensiones son adversas a COLPENSIONES.

El Juzgado de primera instancia, **basó su decisión fundamentalmente** en que la afiliación a un régimen pensional debe ser libre y voluntaria conforme lo establecía el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; que el artículo 1604 del CC señalaba que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, por ende, el deber de información corresponde probarlo a las AFP, de quienes emana una responsabilidad de carácter profesional.

Al analizar las pruebas, estableció que el demandante estuvo afiliado al ISS entre el 18 de abril de 1985 al 31 de diciembre de 2003; y que se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir el 26 de julio de 2004 y efectuó aportes desde el 1° de septiembre de esa anualidad hasta la fecha.

Expresó, que conforme la amplia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (desde 2008 y hasta la fecha) era deber de las administradoras de fondos de pensiones brindar una información completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que llevaría dejar el régimen anterior, y las posibles consecuencias futuras; señaló que de ellas se podía establecer varias reglas, la primera que las AFP deben suministrar al afiliado un información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las características, condiciones, diferencias, riesgos, y consecuencias de este cambio de régimen pensional, la segunda, que en estos procesos operaba la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado, y como tercera, que era viable declarar la ineficacia del traslado con independencia de si se tenía o no un derecho consolidado, si se estaba o no en el régimen de transición, o si se estaba próximo o no a pensionarse.

Determinó que Porvenir no había allegado elemento de prueba alguno que demostrara que para julio de 2004 había suministrado al demandante información en los términos señalados acerca de los dos regímenes pensionales, ya que, el formulario de

vinculación no acreditaba dicho deber, y que del interrogatorio de parte al demandante no se podía extraer confesión, en el sentido de que se le hubiese puesto de presente las características y diferencias de ambos regímenes pensionales. En consecuencia, accedería a las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, argumentando que, la afiliación efectuada por el demandante fue libre y voluntaria, ya que, fue el quien se informó y decidió hacer su traslado, por lo que se acercó a las oficinas de la AFP a efectuar su cambio de régimen.

Indicó, que no era cierto que se debiera hacer una comparación entre regímenes o brindar información sobre ambos, en la medida que únicamente le era oponible a esa entidad a la fecha del traslado el Decreto 663 de 1993, el cual únicamente la obligaba a brindar información acerca de las características, ventajas y desventajas que correspondían al RAIS, obligación que si cumplió.

Señaló que el demandante era una persona capaz, lo cual se rectificó con el interrogatorio de parte al aceptar que él se informó y con base en ello se trasladó al RAIS; que la inconformidad del actor radica única y exclusivamente en la cuantía de su mesada pensional, lo que no vicia la voluntad de este, pues a él se le respetó su derecho a la libre escogencia, por lo que no existían razones fácticas y jurídicas para declarar la ineficacia.

Argumentó, que en caso de confirmarse la ineficacia del traslado, solicitaba no se condenara al pago de los gastos de administración y seguros previsionales, en la medida que ambos conceptos tenían una destinación específica por mandato legal, y además se podía ver en los rendimientos financieros la efectiva administración de los recursos, y en esa medida no se podía exigir un monto que ya no se encontraba en cabeza de esta.

COLPENSIONES sustentó su recurso de apelación en que el demandante no era beneficiario del régimen de transición por lo que no procedía su regreso al RPM en cualquier tiempo, por ende, debía someterse a los mandatos legales del RAIS.

Expresó, que en este caso no se logró probar que el fondo hubiese entregado una información equivocada o falsa, máxime que para el 2004 las AFP «solo tenían la

obligación de brindar la información a la hora del traslado, por lo tanto, no hay lugar a la ineficacia», pues lo que existió fue un desinterés o descuido por parte del actor, de lo que se evidenciaba que este decidió continuar aportando al RAIS de manera libre y voluntaria por más de 20 años.

Citó una sentencia del Tribunal Superior de Pereira, donde se expuso que la inconformidad en la cuantía de la mesada pensional no constituía prueba de que cuando se realizó el traslado de régimen, este se hubiese hecho movido por un engaño o por una equivocada información por parte del fondo; lo que aplicaba a este asunto como quiera que el demandante manifestó en su interrogatorio de parte que su infirmitad radicaba en la cuantía de su mesada pensional.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver los recursos de apelación presentados por Porvenir S.A., y Colpensiones y, de igual forma, en el grado jurisdiccional de consulta respecto de esta última en lo no apelado.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Porvenir, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por el actor en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión que: *i)* el señor HERNÁN RODRÍGUEZ URIBE se afilió al ISS donde aportó desde el 18 de abril de 1985 al 31 de diciembre de 2003 la suma de 799,43 semanas (f.º 290-291); y *ii)* que el 26 de julio de 2004 se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Porvenir donde ha venido cotizando hasta la fecha (f.º 28 y 33-42).

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

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

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

Concluyó, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

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

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

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

SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

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

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –26 de julio de 2004-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

La AFP Porvenir aportó al expediente el formulario de solicitud de afiliación y traslado suscrito el 26 de julio de 2004, del cual solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que la AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la «*firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un*

consentimiento, pero no informado» (CSJ SL1741-2021 en la que se reiteran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Ahora, el hecho de que el demandante hubiese obtenido información por cuenta propia y se acercara a las oficinas de la AFP Porvenir a realizar la afiliación o traslado de régimen pensional, **NO** implicaba de ninguna manera que la AFP quedara relevada de suministrar a este la información en los términos ya señalados, pues con independencia de lo averiguado por él, la AFP era la experta en el tema pensional, y sobre ella recaía el cumplimiento del deber de información, lo que no puede ser de otra manera, pues los fondos privados cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios.

Debe hacerse claridad además en que, si bien el actor señala que su motivación actualmente para invocar esta acción es la cuantía de la mesada pensional, lo cierto es que, ello de ninguna manera desvirtúa o subsana la omisión de la AFP en su deber de información a la data de su traslado, pues la validez de dicho acto jurídico depende del consentimiento informado, es decir, de que la AFP hubiese atendido estrictamente o no su deber de información según el momento histórico en que debía cumplirse, supuesto en el que resulta inane si la mesada pensional presenta una presunta diferencia en su cuantía.

De otro lado, ese órgano de cierre, también ha advertido que para la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional, ni la línea jurisprudencial que esa Corporación ha desarrollado, ni el ordenamiento legal en materia laboral y de la seguridad social, han establecido como requisito que para su aplicación el afiliado sea beneficiario del régimen de transición o tenga una expectativa legítima, puesto que la exigencia consiste en que *«la administradora de pensiones hubiese faltado a su deber de información puesto que «el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea»* (Resaltado fuera del texto original) (CSJ SL1565-2022, que reiteró la CSJ SL3719-2021 y CSJ SL5595-2021).

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*“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.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, 1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta en los aspectos no apelados; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

Por lo tanto, se hace necesario Adicionar la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar a la AFP PORVENIR S.A. el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no vulnera el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no

está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

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

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES, y AFP PORVENIR S.A., como quiera que sus recursos de alzada no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación del demandante HERNÁN RODRÍGUEZ URIBE, esto es, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, y AFP PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

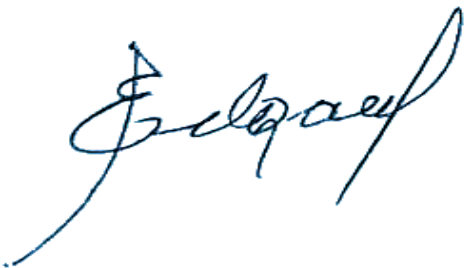
En uso de permiso
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, y AFP PORVENIR S.A., la suma de \$1.000.000, para cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE VILMA MARITZA ROMERO GÓMEZ
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, Y ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:**ANTECEDENTES**

Pretende la señora **VILMA MARITZA ROMERO GÓMEZ**, se **declare** la nulidad de su vinculación con la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se **condene** a esa AFP enviar a Colpensiones el valor integró de sus aportes pensionales realizados, incluyendo los cobros y gastos administrativos descontados de sus cotizaciones; se **condene** a Colpensiones a recibir sus aportes y aceptarla en ese régimen como si nunca se hubiese trasladado al RAIS; y se **condene** a las demandadas ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 2-22), señaló en síntesis que desde el inicio de su vida laboral estuvo vinculada al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS; que el 3 de mayo de 1999 mediante la suscripción de un formulario de afiliación de la AFP Porvenir se trasladó al RAIS; que esa AFP contrató un sin número de vendedores o asesores comerciales para captar afiliaciones en su favor, pero que estos no tenían un amplio, perito e idóneo conocimiento en temas de seguridad social; que el asesor de la AFP Porvenir la indujo

de manera equivocada a vincularse a ese fondo, pues le indicó que no perdería los beneficios pensionales del régimen de prima media, y omitieron informarle sobre los eventuales riesgos que podía tener trasladarse al RAIS, que no la ilustraron de manera idónea, consciente, y veraz para asumir una determinación objetiva, que nunca le realizaron una simulación o comparación del valor de la mesada en cada uno de los regímenes pensionales.

Narró, que Colpensiones nunca le dio información acerca de su traslado; que su permanencia en el RAIS lesiona ostensiblemente su derecho a la libre escogencia, al pleno consentimiento y libre determinación, y le genera una condición de inconveniencia pensional, por cuanto afecta su calidad de vida, dignidad humana y su mínimo vital. Agregó que la mesada pensional que le ofrece el RAIS es equivalente al 60% aproximadamente de la que le correspondería en el RPM; que presentó el 18 de julio de 2019 solicitud de desvinculación a la AFP Porvenir, pero que esa entidad el 30 de julio de ese mismo año le contestó que la petición era improcedente; y que el 16 de julio de 2019 solicitó ante Colpensiones su afiliación, pero que esta fue negada ese mismo día.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 51 CD), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones, que el 3 de mayo de 1999 se trasladó a la AFP Porvenir S.A., que nunca se pronunció sobre ese traslado, y que ella solicitó nuevamente su afiliación al RPM pero que le fue negada; frente a los demás señaló que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones las de inoponibilidad de la responsabilidad de las AFP ante Colpensiones, en los casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política); buena fe; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción, e innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (f.º 91 CD), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Frente a los hechos, aceptó que el 3 de mayo de 1999 se diligenció el formulario de vinculación a esa AFP, y que presentó una solicitud la cual fue negada;

frente a los demás expuso a unos que no le constaban por corresponder a otra entidad y a otros que no eran ciertos, y aclaró que la vinculación de la demandante se hizo de manera libre, espontánea, sin presiones e informada, conforme lo disponía la ley para la fecha de afiliación; que sus asesores comerciales reciben exhaustivos procesos de capacitación y formación en relación con el funcionamiento del Sistema General de Pensiones; que la asesoría se realizó de forma verbal y con pleno cumplimiento de lo exigido en el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993; y que las características, condiciones, ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual se encontraban claramente establecidos en la ley, por lo que, si la demandante hubiese sido una persona diligente, habría podido constatar, además de la información otorgada en su momento, las condiciones del régimen por ella seleccionado.

Formuló las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 26 de octubre de 2020 (f.° 92 CD), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la señora VILMA MARITZA ROMERO GÓMEZ por las consideraciones expuestas.

(...)

El Juzgado de primera instancia, **basó su decisión fundamentalmente** en que la afiliación a un régimen pensional debe ser libre y voluntaria conforme lo establecía el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; que el artículo 1604 del CC señalaba que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, por ende, el deber de información corresponde probarlo a las AFP, de quienes emana una responsabilidad de carácter profesional.

Al analizar las pruebas, estableció que la demandante estuvo afiliada al ISS entre el 14 de mayo de 1990 al 30 de abril de 1999; y que se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir mediante el formulario suscrito el 3 de mayo de 1999 efectuando aportes desde el 1° de julio del mismo año hasta la fecha.

Expresó, que conforme la amplia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (desde 2008 y hasta la fecha) era deber de las administradoras de fondos de pensiones brindar una información completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que llevaría dejar el régimen anterior, y las posibles consecuencias futuras; señaló que de ellas se podía establecer varias reglas, la primera que las AFP deben suministrar al afiliado una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las características, condiciones, diferencias, riesgos, y consecuencias de este cambio de régimen pensional, la segunda, que en estos procesos operaba la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado, y como tercera, que era viable declarar la ineficacia del traslado con independencia de si se tenía o no un derecho consolidado, si se estaba o no en el régimen de transición, o si se estaba próximo o no a pensionarse.

Determinó, que Porvenir había allegado al expediente el formulario de afiliación a esa AFP de mayo de 1999, el cual por sí solo no era prueba suficiente para establecer la información suministrada a la actora en el momento del traslado, no obstante, del interrogatorio de parte rendido por la demandante el despacho establecía ciertas confesiones, pues ella había señalado que conocía las características del régimen de prima media en el sentido de que el valor de su pensión correspondería al promedio de los últimos años de aportes, que los requisitos eran cumplir una edad y unas semanas, y respecto del RAIS manifestó que no había edad de pensión porque se podía pensionar en cualquier momento, que la pensión se financiaba con el valor de los aportes y de todos los dineros que ella depositaba en esa cuenta de ahorro individual, de lo que concluyó el *a quo* que tenía conocimiento de las características básicas tanto del RPM como del RAIS.

Consideró, que en este caso en particular se podía establecer que la demandante si tenía una información clara y suficiente de las implicaciones que conllevaba el traslado de régimen pensional, además de que manifestó que su inconformidad radicaba en la insuficiencia en la mesada pensional que iba a recibir en el RAIS frente a la que posiblemente le hubiesen otorgado en el RPM, pese a que desde un comienzo sabía cómo se financiaba la mesada en cada uno de los regímenes pensionales, por ende, absolvería de las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación argumentando que el hecho de que la demandante conociera como se financiaba la pensión en cada régimen, no implicaba que a ella la hubiesen asesorado sobre todo lo que el traslado

de régimen pensional le traería, además que no era cierto que al momento de la afiliación ella tuviese esa información, porque claramente manifestó que lo poco que le informaron era que la iban a pensionar mejor en el RAIS y que sería de acuerdo al salario que ella devengaba, por lo que solicitó se revise detalladamente el mencionado interrogatorio.

Explicó que la demandante no fue ilustrada de forma clara, precisa y comparada acerca de los regímenes pensionales a la fecha del traslado de régimen, y que, si bien conocía algunas características del sistema pensional, esto solo se dio recientemente cuando se interesó en su tema pensional.

Advirtió que Porvenir no cumplió con su deber de información a la fecha del traslado.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por la demandante en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión que: *i)* la señora Vilma Maritza Romero Gómez se afilió al ISS donde aportó desde el 14 de marzo de 1990 hasta el 30 de abril de 1999 la suma de 454,57 semanas (f.º 25 cont. Colpensiones); y *ii)* que el 03 de mayo de 1999 se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir el cual se hizo efectivo a partir del 1º de julio de 1999 (carpeta pruebas porvenir), AFP en la que se encuentra actualmente.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala, tres aspectos, el primero que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse desde su **ineficacia** puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considere se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL3611-2021,

CSJ SL3537-2021 y CSJ SL1565 - 2022). Por consiguiente, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, ya que, al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

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

Y el tercero, que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –3 de mayo de 1999-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus

intereses (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, entre muchas otras), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Porvenir suscrito el 3 de mayo de 1999, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que la AFP Porvenir cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

De otro lado, respecto a la presunta confesión que realizó la demandante en su interrogatorio de parte, a la que hace referencia el Juez de instancia y en la cual fundó su decisión, advierte la Sala que una vez escuchado el audio en su integridad se

encontró que la señora Romero Gómez, señaló que cuando se trasladó a la AFP Porvenir (3/05/1999), laboraba para la empresa APCYTEL, donde toda su vida ha trabajado, que allí se acercó un asesor de Porvenir y en una reunión les informó que ese fondo era muy bueno, que la *«remuneración de la pensión iba a ser mejor que la del seguros social»*, que el ISS estaba a punto de terminarse y que se iba a perder la plata que se había aportado a él, que le recomendaron que se trasladara antes de que el ISS se terminara para no tener problemas al momento de pensionarse, y que por su edad era mucho mejor estar en un fondo privado, que le indicaron que el valor de su pensión dependía de sus aportes, los cuales se depositaban o guardaban hasta cuando quisiera pensionarse data en que se los entregarían mensualmente, que respecto de la rentabilidad no le dijeron nada, que frente al ISS solo le dijeron que el RAIS era mejor pero sin explicarle porque, que se podía pensionar anticipadamente a la edad que ella quisiera, siempre y cuando tuviese el ahorro que necesitara para su mesada pensional, y que tenía conocimiento de que en el ISS se obtenía la pensión de forma tradicional, por el promedio de unos años de cotización y a la edad de 57 años.

De lo anterior, no observa esta Colegiatura una confesión en los términos del artículo 191 del CGP, esto es, que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria, como quiera que el hecho de que la accionante hubiese señalado que en el RAIS la mesada pensional dependía de los aportes acumulados, y que en el RPM lo sería del promedio de unos años de cotización, **NO** implica que hubiese confesado que ese asesor en mayo de 1999 le hubiese dado una información adecuada, suficiente, clara, transparente y detallada acerca de las **características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales**, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada modelo pensional, pues era su deber o su obligación dar a conocer toda la verdad objetiva de los dos regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro, circunstancias que Porvenir S.A. debía probar en este proceso y no lo hizo.

Entonces, al no haber constancia de que Porvenir S.A. al momento del traslado de régimen pensional hubiese suministrado a la afiliada información clara, precisa y oportuna sobre las características, condiciones, consecuencias y riesgos del cambio de régimen, a pesar de ser esa su carga, trae como consecuencia que el mismo sea declarado como ineficaz.

En esta perspectiva, la declaratoria de ineficacia hace que las cosas vuelvan al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación; o dicho, en otros términos, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros y gastos financieros, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795.2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

“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.

Bajo el anterior contexto, se hace necesario **REVOCAR** la decisión de primera instancia para en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda en el sentido de

declarar la ineficacia del traslado realizado por la demandante **VILMA MARITZA ROMERO GÓMEZ** el 3 de mayo de 1999 del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que el acto jurídico del traslado no produjo efectos, pues ante la violación del deber de información dicho acto no puede proyectarse en el mundo de las relaciones jurídicas, razón por la cual se impone el regreso automático de la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

En consecuencia, se condenará a la AFP Porvenir, a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquellas, las cotizaciones recibidas en su integridad desde el 1° de julio de 1999 y en adelante, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual. Al momento de cumplirse esta orden, los 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 (CSJ SL1055-2022, 1055-2022).

Lo anterior, no vulnera el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

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

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

Así las cosas y sin más consideraciones, se revocará la sentencia de primer grado en la forma antes anotada.

COSTAS

Las de ambas instancias a cargo de las demandadas COLPENSIONES, y AFP PORVENIR S.A., como quiera que el recurso de apelación salió avante y en virtud del numeral 4 del artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia emitida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, el 26 de octubre de 2020, para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora **VILMA MARITZA ROMERO GÓMEZ** al régimen de ahorro individual el 3 de mayo de 1999, por intermedio de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, en consecuencia, declarar válida la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, administrado por **COLPENSIONES**.

SEGUNDO: CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a trasladar a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad desde el 1° de julio de 1999 y en adelante, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual. Al momento de cumplirse esta orden, los 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.

TERCERO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas conforme a lo motivado.

QUINTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de **COLPENSIONES**, y **AFP PORVENIR S.A.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

En uso de permiso
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, y AFP PORVENIR S.A., la suma de \$1.000.000, para cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial**Tribunal Superior del Distrito Judicial****Bogotá D. C.****SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ELSA CRISTINA MORENO BRAVO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., Y ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:**ANTECEDENTES**

Pretende la señora **ELSA CRISTINA MORENO BRAVO**, se **declare** la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen que realizó el 18 de julio de 1994 a través de la AFP Porvenir S.A., por la indebida y nula información que le suministró para convencerla de abandonar Colpensiones. En consecuencia, se **ordene** anular el traslado entre administradoras del RAIS que se realizó de la AFP Porvenir a la AFP Protección; se **ordene** a la AFP Protección trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentran depositados en su cuenta de ahorro individual; se **ordene** a Colpensiones recibir sus aportes y actualizar su historia laboral; y se **condene** a las demandadas ultra y extra petita y a las costas del proceso.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 3-18), señaló en síntesis que nació el 1º de junio de 1964; que se afilió al ISS desde el 13 de marzo de 1986 donde cotizó 364 semanas; y que el 18 de julio de 1994 se trasladó a Porvenir S.A., pero que este no estuvo precedido de una decisión libre y voluntaria, porque no recibió

suficiente ilustración por parte de la AFP; que con posterioridad a su vinculación Porvenir tampoco le informó sobre la posibilidad de devolverse por única vez al régimen de prima media, ni antes del 1° de junio de 2011 sobre la imposibilidad de trasladarse cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión.

Narró, que el 1° de enero de 2019 se trasladó entre fondos privados a la AFP Protección; que aportó al sistema de seguridad social hasta el 31 de octubre de 2019 un total de 1.608 semanas; que la AFP Protección le informó que su pensión de vejez estaría en un valor de \$2.451.789 como mesada pensional para el año 2021 fecha en que cumpliría 57 años de edad; que al realizar las operaciones en Colpensiones le correspondería una mesada de \$5.713.593; y que el 1° de noviembre de 2019 solicitó ante Colpensiones, AFP Protección y AFP Porvenir la nulidad del traslado de régimen realizado el 18 de julio de 1994.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.° 104-132), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su afiliación al ISS y las semanas aportadas, y que presentó petición el 1° de noviembre de 2019; frente a los demás dijo que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones las de inoponibilidad de la responsabilidad de las AFP ante Colpensiones, en los casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política); buena fe; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción, e innominada.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó (f.° 144 CD), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora, que se trasladó a Protección mediante la suscripción del formulario de afiliación del 2 de noviembre de 2018; que al 2 de junio de 2020 tenía 1633,14 semanas, de las cuales 1.269,28 fueron aportadas al RAIS, que en la actualidad se encuentra en esa AFP, y que el 1° de noviembre de 2019 radicó petición en los términos señalados; frente a los demás indicó que no le constaban por corresponder a un tercero, o que no eran ciertos, aclarando que la afiliación con Protección

constituía un acto jurídico plenamente válido, emanado de la voluntad de la misma y del que nacieron obligaciones para ambas partes, el cual no podía ser desvirtuado por afirmaciones indeterminadas como las de la afiliada, ya que, por su propia iniciativa, en forma libre y voluntaria decidió afiliarse a esa administradora. Además, advirtió que la misma se encontraba inmersa en la prohibición legal que consagraba la Ley 797 de 2003 por estar a menos de 10 años de cumplir la edad límite de pensión por lo que no podía regresar al RPM.

Formuló como excepciones las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver la prima del 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; e innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (f.º 152 CD), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, y que el 1º de noviembre de 2019 radicó petición en los términos señalados; frente a los demás expuso que no le constaban por ser ajenos a ella, o que no eran ciertos, concretamente explicó que la demandante se trasladó al RAIS el 12 de julio de 1994 a la AFP Colpatria hoy Porvenir, y aclaró que prestó la debida asesoría y que fue la demandante quien, de manera libre y voluntaria, decidió trasladarse al RAIS.

Propuso como excepciones las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 22 de febrero de 2021 (f.º 153 CD), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la demandante ELSA CRISTINA MORENO BRAVO al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y por ende SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO:CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido, entre el 01 de agosto de 1994 al 31 de diciembre de 2018, con motivo de la afiliación de la demandante ELSA CRISTINA MORENO BRAVO, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia.

PARÁGRAFO: Se autoriza efectuar el descuento del dinero que transfirió a la AFP PROTECCIÓN con ocasión al traslado de fondo solicitado por la demandante el día 01 de enero de 2019.

TERCERO:CONDENAR a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a **devolver** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante ELSA CRISTINA MORENO BRAVO, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia.

CUARTO: DECLARAR que la demandante ELSA CRISTINA MORENO BRAVO se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida, administrado en su momento por el extinto I.S.S., y hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, por las razones expuestas.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

SÉPTIMO: ORDENAR así fuere apelado este fallo en su oportunidad, se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el Superior, en razón que las pretensiones son adversas a COLPENSIONES.

El Juzgado de primera instancia, **basó su decisión fundamentalmente** en que la afiliación a un régimen pensional debe ser libre y voluntaria conforme lo establecía el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; que el artículo 1604 del CC, señalaba que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, por ende, el deber de información corresponde probarlo a las AFP, de quienes emana una responsabilidad de carácter profesional.

Al analizar las pruebas, estableció que la demandante estuvo afiliada al ISS entre el 13 de marzo de 1986 al 31 de julio de 1994; que se trasladó al RAIS a través de la AFP Colpatria hoy Porvenir con fecha de efectividad 1° de agosto de 1994 donde permaneció hasta el 1° de enero de 2019; y que se trasladó a la AFP Protección, administradora donde se encontraba realizando aportes hasta la fecha.

Expresó que conforme la amplia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (desde 2008 y hasta la fecha) era deber de las administradoras de fondos de pensiones

brindar una información completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que llevaría dejar el régimen anterior, y las posibles consecuencias futuras; señaló que de ellas se podía establecer varias reglas, la primera que las AFP deben suministrar al afiliado un información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las características, condiciones, diferencias, riesgos, y consecuencias de este cambio de régimen pensional, la segunda, que en estos procesos operaba la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado, y como tercera, que era viable declarar la ineficacia del traslado con independencia de si se tenía o no un derecho consolidado, si se estaba o no en el régimen de transición, o si se estaba próximo o no a pensionarse.

Determinó que la APF Porvenir S.A., no había allegado elemento de prueba alguno que demostrara que para julio de 1994 había suministrado a la demandante información en los términos señalados acerca de los dos regímenes pensionales, ya que, el formulario de vinculación no acreditaba dicho deber, y que del interrogatorio de parte a la demandante no se podía extraer confesión, en el sentido de que se le hubiese puesto de presente las características y diferencias de ambos regímenes pensionales. En consecuencia, accedería a las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, argumentando que, la información dada a la parte demandante lo había sido de manera verbal y que para 1994 no existía obligación alguna de dejar documentada la asesoría dada a los potenciales afiliados, porque el único documento que se requería era el formulario de afiliación, por lo que no se podía concluir que ese documento no era prueba suficiente de la voluntariedad de permanecer en el RAIS, pese a que Porvenir cumplió con las obligaciones consagradas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994.

Consideró, que la pretensión de ineficacia surgió no porque se le hubiese vulnerado el deber de información, sino por razones de carácter económico, dado que la demandante se encuentra cerca al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, y tiene unas expectativas respecto de su mesada pensional.

Señaló, que la demandante era una persona totalmente capaz de decidir a qué régimen pertenecer, de conformidad con el artículo 1502 del CC. Y que la acción para reclamar la ineficacia se encuentra prescrita como quiera que el cambio de régimen se dio en 1994, conforme los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS.

Frente a la devolución de los gastos de administración indicó que Porvenir no incurrió en ninguna falta en derecho, por tanto, no tiene por qué ver afectado su patrimonio, ya que, estos se descontaron por ministerio de la ley para la gestión de la AFP en la administración de los recursos, y gracias a ello se generaron unos rendimientos.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.**, presentó recurso de apelación de manera parcial frente a la devolución de los gastos de administración y de lo pagado por seguros previsionales, respecto del primer asunto, señala que esos descuentos se realizaron en cumplimiento de una disposición legal, válida y vigente, además que esas comisiones ya habían sido causadas y pagadas durante la administración de los dineros de la afiliada, y que en el hipotético caso de proceder la devolución de los gastos de administración no habría lugar entregar los rendimientos generados.

Afirmó, que tampoco había lugar a la devolución de lo pagado por seguro previsional, porque mensualmente de la cuenta de ahorro individual de la afiliada se le descontó y se le pagó a una aseguradora para que en caso de que hubiese existido un siniestro de invalidez o muerte esta asumiera la suma adicional en la respectiva prestación económica, prima que ya fue pagada y que se encuentra en imposibilidad para recobrarlas y entregárselas a Colpensiones.

COLPENSIONES sustenta su recurso de apelación en que el *a quo* no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, en el entendido que Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico del traslado que no puede verse afectada con la ineficacia de esta, pues de recibirse nuevamente a la demandante se estaría afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema pensional.

Y que, en caso de confirmar la decisión de retorno de la afiliada a Colpensiones, se condene a la AFP que incumplió su deber de información a pagar los perjuicios económicos ocasionados a dicha entidad, pues quien causa el daño es quien debe repararlo, recordando que Colpensiones no tuvo nada que ver en el traslado de régimen pensional.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver los recursos de apelación presentados por Porvenir S.A., Protección S.A., Colpensiones y, de igual forma, en el grado jurisdiccional de consulta respecto de esta última en lo no apelado.

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión que: *i)* la señora ELSA CRISTINA MORENO BRAVO se afilió al ISS donde aportó desde el 13 de marzo de 1986 hasta el 31 de julio de 1994 la suma de 389,57 semanas (f.º 134); *ii)* que el 18 de julio de 1994 se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Colpatria el cual se hizo efectivo a partir del 1º de agosto de 1994 (f.º 28 y 32 cont. Porvenir); y *iii)* realizó traslado entre fondos privados a Protección el 2 de noviembre de 2018 con efectividad desde el 1º de enero de 2019 (f.º 15 y 18 cont. Protección), AFP en la que se encuentra actualmente.

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

sistema pensional.

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

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

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las

mismas de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

Concluyó, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

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

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

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

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo

con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –18 de julio de 1994-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

La AFP Porvenir antes Colpatria, aportó al expediente el formulario de solicitud de afiliación y traslado suscrito el 18 de julio de 1994, del cual solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que la AFP Colpatria cumplió con el deber de suministrar a la afiliada una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

Es pertinente anotar que no resulta de recibo la afirmación de la AFP Porvenir al señalar que en la primera etapa no le asistía obligación de guardar documentación acerca de la asesoría brindada al potencial afiliado, ya que, eso no es lo que se está exigiendo, pues las partes del proceso tiene libertad probatoria, lo que implica que los

fondos privados pueden usar cualquier medio para demostrar que entregaron, en este caso, a la demandante, una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras, y si así lo hicieron debían conservar las pruebas en los archivos del fondo, dado que es esa 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.

Debe hacerse claridad además en que, si bien la actora señala que su motivación actualmente para invocar esta acción es la cuantía de la mesada pensional, lo cierto es que, ello de ninguna manera desvirtúa o subsana la omisión de la AFP en su deber de información a la data de su traslado, pues la validez de dicho acto jurídico depende del consentimiento informado, es decir, de que la AFP hubiese atendido estrictamente o no su deber de información según el momento histórico en que debía cumplirse, supuesto en el que resulta inane si la mesada pensional presenta una presunta diferencia en su cuantía.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades,

pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*“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.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, 1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta en los aspectos no apelados; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

Por lo tanto, se hace necesario Adicionar la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar a las AFPS PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el a quo omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues

como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

Por último, respecto de la condena en perjuicios a las AFP referida por Colpensiones en el recurso de alzada, advierte la Sala que esta no es procedente, porque estos no fueron reclamados dentro del proceso y no se encuentran debidamente acreditados en este, por lo que, de entrar esta Colegiatura a analizar ese tema, constituiría un hecho o medio nuevo no debatido en primera instancia. No obstante, Colpensiones se encuentra en la libertad de interponer las acciones que considere necesarias en pro de resarcir los perjuicios que considere ocasionados.

PRESCRIPCIÓN

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

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

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y AFP PROTECCIÓN S.A., como quiera que sus recursos de alzada no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, todos los valores que hubiere recibido, entre el 01 de agosto de 1994 al 31 de diciembre de 2018, con motivo de la afiliación de la demandante ELSA CRISTINA MORENO BRAVO, esto es, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, todos los valores que hubiere recibido, desde el 1° de enero de 2019 y en adelante, con motivo de la afiliación de la demandante ELSA CRISTINA MORENO BRAVO, esto es, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

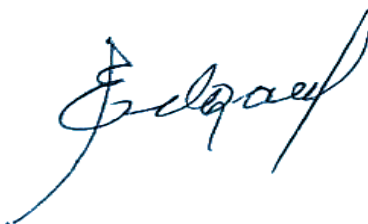
En uso de permiso
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y AFP PROTECCIÓN S.A., la suma de \$1.000.000, para cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial**Tribunal Superior del Distrito Judicial****Bogotá D. C.****SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE FRANCISCO CELIS ALBÁN CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, Y ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., PROCESO AL QUE SE VINCULÓ COMO LITISCONSORCIO NECESARIO A LA AFP PROTECCION Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:**ANTECEDENTES**

El señor **FRANCISCO CELIS ALBÁN**, demandó a Colpensiones y a la AFP Porvenir S.A., con el fin de que se **declare** la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado el 1° de noviembre de 1996 a través de la AFP Porvenir, porque este omitió proporcionarle información cierta, real, suficiente, determinante y oportuna en ese momento. En consecuencia, se disponga su regreso automático al RPM administrado por Colpensiones; se **condene** a la AFP Porvenir S.A., a trasladar sus dineros y rendimientos causados, sin lugar a descontar valor alguno por gastos de administración o cualquier otro, a Colpensiones; que de no accederse a las anteriores pretensiones, se condene a Porvenir S.A., a **pagarle** la diferencia económica que sufriría la mesada pensional, es decir, la suma de \$4.842.600 a partir del momento en que se le reconozca la pensión de vejez; y se **condene** a las demandadas ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 4-30), señaló en síntesis, que nació el 23 de julio de 1955; que se afilió al ISS desde el 15 de abril de 1975 y hasta el 31 de octubre de 1996 donde aportó 781 semanas; que el 1º de noviembre de 1996 se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., que posteriormente el 1º de noviembre de 2006 se trasladó a la AFP Old Mutual S.A., y el 1º de septiembre de 2007 regresó a la AFP Porvenir S.A.; y que en toda su vida laboral a cotizado al sistema general de pensiones un total de 1.844 semanas.

Narró, que el ISS no lo asesoró ni efectuó un estudio que le permitiera inferir las implicaciones económicas que tendría sobre su pensión si se trasladaba al RAIS; que su traslado se dio porque un vendedor comercial de Porvenir visitó su lugar de trabajo, con el fin de captar afiliados, pero que en su afán de atraerlos a cualquier costo, omitió suministrar información cierta, real, suficiente y oportuna sobre las consecuencias que traería el traslado del RPM al RAIS; que no le hicieron una proyección de la mesada pensional comparativa en cada régimen; que no le explicaron que el monto de su pensión en el RPM dependía del valor de las cotizaciones que realizara en los últimos 10 años anteriores a cumplir la edad de pensión, y en el RAIS dependía del capital ahorrado en la cuenta individual, más la rentabilidad y los bonos pensionales; que el 2 de agosto de 2017 la AFP Porvenir le entregó una simulación pensional en la que le informó que a los 62 años tendría una mesada pensional en el RAIS de \$2.595.000 y en el RPM de \$7.437.600, existiendo un detrimento de \$4.842.600 en su mesada pensional, lo que afectaría su mínimo vital y el de su familia. Agregó que el 15 de agosto de 2017 solicitó ante Colpensiones la nulidad de su traslado de régimen pensional, pero que a la presentación de la demanda no le había dado respuesta.

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 25 de noviembre de 2019 (f.º 199) ordenó vincular al proceso en calidad de Litis consortes necesarios a la AFP Protección S.A. y a Old Mutual.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 70-75), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, su vinculación al ISS y las semanas aportadas a él, el traslado al RAIS, la cantidad de semanas acumuladas en el sistema general de pensiones, y que presentó petición el 15 de agosto de 2017; frente a los demás señaló que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones las de prescripción, presunción

de legalidad de los actos administrativos, inexistencia de la obligación, y «*declaratoria de otras excepciones*».

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (f.º 92-115), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, que se trasladó al RAIS a través de esa AFP, que se vinculó con Old Mutual y que regresó a esa entidad; frente a los demás expuso a unos que no le constaban por corresponder a otra entidad y a otros que no eran ciertos, y aclaró que al demandante se le brindó una asesoría necesaria y suficiente conforme las leyes vigentes para la época tal como se dejó constancia en el formulario de afiliación.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, prescripción de la acción de nulidad, buena fe, y compensación.

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., hoy **SKANDIA** contestó (f.º 206-214), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el actor el 28 de septiembre 2006 suscribió formulario de vinculación con esa AFP la cual se hizo efectiva a partir del 1º de noviembre de esa misma anualidad y estuvo vigente hasta el 31 de agosto de 2007; frente a los demás expuso que no le constaban por corresponder a otras entidades. Propuso como excepciones las de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación; Skandia no participó ni intervino en el momento de la selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado; ausencia de configuración de causales de nulidad; inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS; ausencia de falta al deber de asesoría e información; los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante; buena fe; y genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó (f.º 242-252), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó únicamente la fecha de nacimiento del actor; frente a los demás, dijo que no le constaban por corresponder a un tercero. Formuló como excepciones las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de

la obligación de devolver la prima del 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; e innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 10 de febrero de 2021 (CD – f.º 293), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante FRANCISCO CELIS ALBAN al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de septiembre de 1996, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a demandada Porvenir a transferir a COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por el demandante junto con los rendimientos causados sin que haya lugar a descontar suma alguna por gastos de administración.

TERCERO: CONDENAR a la demandada COLPENSIONES a que acepte el traslado y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: CONDENAR en costas a PORVENIR fijando como agencias en derecho la suma de \$600.000.

Fundamentó su decisión, en que, según lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia este caso debía abordarse desde la ineficacia, ya que, conforme lo establecido en el literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100 de 1993 lo que debía verificarse es si el acto jurídico que generó el traslado de régimen pensional fue informado, pues la AFP debía ilustrar sobre los riesgos que implicaba el traslado de régimen y sus beneficios, permitiendo una decisión autónoma y consciente.

Indicó, que el deber de información tenía varias etapas, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que para el año 1996 cuando la demandante se trasladó, la AFP Porvenir debía como mínimo haberla ilustrado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluía dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.

Expuso, que en el expediente había constancia de que el actor se encontraba cotizando al ISS hoy Colpensiones, pero que el 16 de octubre de 1996 había decidido trasladarse al RAIS a través de la AFP Porvenir, efectuando traslados entre fondos privados, así: i) de Porvenir a Santander hoy Protección mediante suscripción del

formulario el 11 de septiembre de 2003; *ii*) de Santander hoy Protección a Skandia a través de formulario suscrito el 28 de septiembre de 2006; y *iii*) de Skandia a Porvenir con formulario firmado el 26 de julio de 2007.

Consideró que de ninguno de los formularios referidos se extraía que al demandante se le hubiese brindado una asesoría respecto de las características propias del RAIS, aclarando que ese deber de información debe cumplirse desde el traslado de régimen pensional, para este caso en 1996, cuando se le debió ilustrar sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Advirtió, que la carga de la prueba de demostrar que información brindó al momento del traslado era de la AFP Porvenir, y que al proceso solo se allegó el formulario de afiliación y se le realizó interrogatorio de parte al demandante del cual no podía extraer ninguna confesión respecto de que esa AFP hubiese cumplido con su deber de información en 1996, en consecuencia, concluyó que declarararía ineficaz el traslado de régimen pensional, lo que afectaba los traslados horizontales por el realizados entre el RAIS.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES no interpuso recurso contra la sentencia.

PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, por considerar que el demandante se trasladó de régimen pensional inicialmente a Porvenir en 1996 y con posterioridad se vinculó a Protección, Skandia y Porvenir nuevamente, para lo cual firmó en cada AFP un formulario de afiliación como prueba de que se le brindó una asesoría en los términos exigidos por la ley para cada época.

Refirió, que a esa entidad no se le podía exigir más documentos que ese formulario de afiliación, porque a esa data no tenía la obligación de guardar documentos que demostraran la información detallada que se le dio al potencial afiliado, y que ellos si cumplieron con el deber de información.

Señaló, que la jurisprudencia ha definido que el deber de información se debe cumplir precontractual, contractual y pos contractualmente, por lo que, la información

dada en la etapa contractual, la cual surgió desde la vinculación del actor al RAIS y los traslados dentro de este régimen, era suficiente para tener por cumplido ese deber.

Argumentó, que los traslados horizontales entre fondos privados son actos de la voluntad del afiliado que conducen a pensar que esa persona conoce las condiciones de ese régimen.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir S.A., y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, de conformidad con el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión que: *i)* el señor FRANCISCO CELIS ALBAN se afilió al ISS donde aportó desde el 15 de abril de 1975 hasta el 31 de octubre de 1996 la suma de 664,14 semanas (f.º 76 CD); *ii)* que el **16 de octubre de 1996** se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir S.A. (f.º 119); *iii)* que el 11 de septiembre de 2003 se trasladó a la AFP Santander hoy Protección (f.º 253); *iv)* que el 28 de septiembre de 2006 suscribió formulario de vinculación con Skandia (f.º 221); y *v)* que el 26 de julio de 2007 regresó a Porvenir (f.º 120), AFP en la que se encuentra actualmente (f.º 146).

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin

perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

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

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

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que*

*aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».*

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

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

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

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

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

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –16 de octubre de 1996-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Porvenir suscrito el 16 de octubre de 1996, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que la AFP Porvenir cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, como en el *sub lite* que el actor pasó de Porvenir a Santander, posteriormente de Santander a Skandia, y finalmente de Skandia a Porvenir o porque le realizaron una reasesoría, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Sala que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen, es porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demuestra su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse

en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.*** (Negrillas fuera del texto original).

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial. (Negrillas fuera del texto original).

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no

hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*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.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, 1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado

jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

Por lo tanto, se hace necesario adicionar y modificar la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar a la AFPs PORVENIR, PROTECCIÓN y SKANDIA, el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquellas, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta del demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

PRESCRIPCIÓN

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

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

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandada PORVENIR S.A., como quiera que su recurso de alzada no prosperó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., únicamente en el sentido de **CONDENAR:**

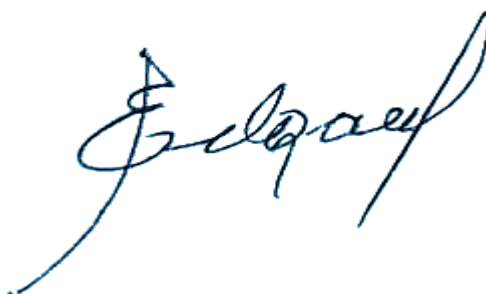
- A la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los 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.
- A OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (SKANDIA S.A.), a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los 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.
- A la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación del demandante FRANCISCO CELIS ALBÁN, entre el 1° de diciembre de 1996 y el 31 de octubre de 2003, y desde el 1° de septiembre de 2007 en adelante, esto es, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y

sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

En uso de permiso
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP PORVENIR S.A., la suma de \$1.000.000.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Édgar Rendón Londoño', with a stylized, cursive script.

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente