

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 TERESA CAMELO
ROJAS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS –
PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre 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**I. ANTECEDENTES**

La demandante solicitó que se condene a la AFP Porvenir S.A., a entregar a Colpensiones el bono pensional de los aportes realizados a esa AFP, junto con los intereses corrientes y moratorios y el historial de cotizaciones y a pagar la indemnización moratoria del artículo 65 del CST; como consecuencia, se ordene a esta última el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación conforme a la Ley 50 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición; que se acceda a lo probado *ultra y extra petita*.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que empezó a cotizar al ISS desde el 6 de junio de 1979; que cotizó a Colpensiones 689 semanas y trabajó durante más de 38 años en el Hospital Chapinero, nivel 1, empresa del Estado; que durante su vida laboral cotizó 1641 semanas correspondientes a 38 años, de las cuales aportó 952 semanas a Porvenir S.A.; que a pesar de solicitar al fondo de pensiones la remisión a

Colpensiones del bono pensional con la totalidad de semanas cotizadas, esta no lo ha remitido, lo que ha impedido que le sea reconocido el derecho pensional.

Asimismo, sostuvo que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público envió a Colpensiones la historia laboral de las semanas cotizadas para que le sea reconocida la pensión y se le cancele el retroactivo (f.º 3, CD1).

II. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de vinculación al ISS, las semanas cotizadas a Porvenir S.A. y la empresa para la cual trabajó; de otra parte, negó que le asiste el deber de reconocer la pensión de vejez pues la accionante no está afiliada a este régimen pensional.

En su defensa, propuso las excepciones de *«falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago del I.P.C. ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público y la innominada o genérica»* (f.º95 a 101).

PORVENIR S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, negó que Colpensiones deba reconocer la pensión de jubilación y que su fondo de pensiones tenga la obligación de liquidar el bono pensional. Aclaró que la demandante se encuentra válidamente afiliada a su entidad en virtud de la solicitud de vinculación suscrita el 2 de marzo de 2000, por lo que sería la encargada de reconocer las prestaciones económicas que le asisten; además, Porvenir S.A. no emite ni paga bonos pensionales, ya que su función radica en gestiones de intermediación.

Refirió, que si bien tiene derecho a un bono pensional tipo A modalidad 2, este no ha sido emitido ni pagado porque la demandante no ha firmado en señal de aceptación la liquidación provisional del bono pensional

En su defensa, propuso las excepciones de *«petición antes de tiempo, falta de causa para pedir, buena fe de la AFP Porvenir S.A., prescripción, compensación y la innominada o genérica»* (expediente digital, archivo 03).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 19 de marzo de 2021 (f.º 134, CD 3), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas **PORVENIR S.A.**, y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Como fundamento de su decisión, indicó que el problema jurídico consistía en determinar si Porvenir S.A. debía poner a disposición de Colpensiones el bono pensional y el historial de cotizaciones y, si como consecuencia de ello, Colpensiones debe reconocerle la pensión de jubilación por el tiempo cotizado, con el retroactivo y los demás emolumentos a que tenga derecho.

Explicó, que el sistema general de pensiones desde la expedición de la Ley 100 de 1993 está compuesto por dos regímenes pensionales excluyentes entre sí, a saber, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y que es el afiliado quien libremente escoge el régimen al cual prefiere pertenecer.

Expuso, que en este asunto la demandante eligió pertenecer a la AFP Porvenir S.A., desde el 2 de marzo de 2000, y hasta la fecha, por ende, es esta entidad la que administra sus cotizaciones y la encargada del reconocimiento y pago de las prestaciones económicas, tal como la pensión de vejez aquí pretendida, y no a Colpensiones, porque allí administraron sus recursos solo hasta el año 2000; por lo tanto, le asistía razón a Colpensiones cuando manifestó la falta de legitimación en la causa dentro del proceso, pues esta solo tiene obligaciones respecto de sus afiliados y no frente a los que pertenecen a otro régimen pensional, en consecuencia, absolvería a Colpensiones de las pretensiones de la demanda.

Explicó, los tipos de bonos pensionales que existen actualmente en el sistema, para concluir que Porvenir S.A. no tenía facultad legal para emitir o pagar bonos pensionales de ninguna naturaleza, pues su función es adelantar las gestiones de intermediación, por lo que la absolvió de las pretensiones incoadas en su contra; no obstante, refirió que la demandante tenía derecho a un bono pensional tipo A modalidad 2 emitido por la Nación, que representa los tiempos cotizados con

anterioridad al traslado al RAIS, el cual no ha sido emitido porque la demandante no ha firmado en señal de aceptación la liquidación provisional del bono, ni ha autorizado la emisión con la consecuente redención y pago.

Finalmente, concluyó que el litigio está mal planteado y a pesar de existir el deber legal del juzgador de interpretar la demanda en procura de buscar la intelección real del demandante con el fin de no sacrificar el derecho sustancial, esta facultad es procedente, siempre y cuando no sustituya la voluntad real del demandante. En ese hilo argumentativo, manifestó que en esta oportunidad no fue posible inferir que el *«querer de la parte actora sea la declaratoria del ineficacia o nulidad del traslado»* pues este tema no fue propuesto por la demandante, ni debatido en el proceso, por ende, no se pudo pronunciar ni ultra ni extra petita sobre la ineficacia del traslado.

Las partes no interpusieron recurso alguno.

IV. CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS, como quiera que no se presentó recurso de apelación y la sentencia de primera instancia le fue adversa.

En el presente asunto no es materia de discusión que la demandante: *i)* estuvo vinculada al ISS entre el 6 de noviembre de 1979 y el 29 de febrero de 2000, aportando 495,71 semanas (exp. Administrativo exp. Digital); y *ii)* que el **2 de marzo del 2000** se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir S.A. (f.º 11 archivo 3 exp. digital), el cual se hizo efectivo a partir del 1º de mayo de ese mismo año, AFP en la que se encuentra actualmente.

Conforme a los antecedentes, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si Porvenir S.A. debe entregar a Colpensiones un bono pensional por los aportes realizados a esa AFP, y si Colpensiones debe reconocerle una pensión de vejez.

OBLIGACIONES DE LOS FONDOS DE PENSIONES

El sistema general de pensiones en Colombia de acuerdo con el artículo 12 de la Ley 100 de 1993, está compuesto por dos regímenes pensionales excluyentes entre sí, el de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad,

lo que implica que cada persona debe escoger si pertenece al RPM o al RAIS, porque no es viable estar afiliado a ambos al mismo tiempo.

Así, dentro de las características propias del sistema general de pensiones según el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, encontramos, entre otras: *i)* que la afiliación a este es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes; *ii)* que la elección de uno de estos, es decir, del RPM (actualmente administrado por Colpensiones) o del RAIS (administrado por los fondos privados, como por ejemplo Porvenir S.A.), es libre y voluntaria; y *iii)* que los afiliados tendrán derecho al cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

De acuerdo con los artículos 31 y 32 de la Ley 100 de 1993, el régimen solidario de prima media con prestación definida es *«aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas»*, en este los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen *«un fondo común de naturaleza pública, que garantiza el pago de las prestaciones a quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la ley»*; los vinculados a este régimen obtendrán sus pensiones o prestaciones económicas una vez cumplan los requisitos establecidos en la Ley, según cada contingencia, y previo a hacer la reclamación de las mismas ante Colpensiones que es la única entidad administradora de este.

Por su parte, el artículo 59 de la Ley 100 de 1993, define el RAIS como un *«conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados»*, en este los aportes no ingresan a un fondo común como en el régimen de prima media, sino que son depositados en una cuenta individual de ahorro pensional constituida a título personal, es decir, que los aportes de cada persona pertenecen única y exclusivamente a esta; en ese sentido, existe una relación directa entre el capital ahorrado por cada afiliado y la pensión que se va a reconocer, lo cual determina que el valor de la mesada sea variable y no previamente definido como en el régimen de prima media.

En este régimen, la pensión de vejez se reconoce únicamente cuando el afiliado tenga acumulado en su cuenta de ahorro individual un capital que le permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente (art. 64 Ley 100 de 1993).

Así, el conjunto de cuentas de ahorro pensional conforma un fondo de pensiones que es administrado por entidades privadas especializadas que hacen parte del sistema financiero y que están sometidas a inspección y vigilancia del Estado.

Respecto de este asunto, es decir, las diferencias entre los regímenes pensionales a partir de la Ley 100 de 1993, en sentencia CSJ SL3942-2021, se explicó:

1. Diferencias entre los regímenes pensionales a partir de la Ley 100 de 1993

La satisfacción del derecho constitucional a la seguridad social y la ampliación de su cobertura quedó de manera preferente bajo dos regímenes pensionales que se distinguen en su estructura, organización y técnica de financiamiento de las pensiones.

Por un lado, el régimen de prima media con prestación definida preservó el esquema de reparto, de corte solidario, en el cual los aportes de los afiliados constituyen un fondo común de naturaleza pública que se distribuye entre sus beneficiarios para cubrir las cargas del sistema. Por el otro, el de ahorro individual con solidaridad, el cual está ideado bajo un esquema de capitalización individual en el que los aportes se incorporan en cuentas de ahorro personalizadas que conforman patrimonios autónomos de propiedad de cada afiliado -artículo 90 de la Ley 100 de 1993. Esto les permite a las personas crear una reserva propia destinada a financiar las prestaciones correspondientes.

Pese a estas diferencias estructurales, la jurisprudencia de la Corte ha destacado que los objetivos y valores que legitiman su arquitectura como subsistemas pensionales son transversales y, por tanto, deben tener como fin común la garantía y cobertura progresiva de todas las contingencias que afecten la salud y las condiciones económicas de los habitantes del territorio nacional, sin discriminación alguna - preámbulo, artículos 1 a 3 de la Ley 100 de 1993, CSJ SL929-2018.

Estos mandatos de optimización del sistema de pensiones a su vez desarrollan la exigencia constitucional de brindar una garantía mínima y fundamental a la seguridad social -artículo 53 Constitución Política de 1991-, derecho que al tenor del artículo 48 ibidem es irrenunciable y se materializa en un servicio público obligatorio que debe prestarse a toda la ciudadanía con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

Así, los regímenes pensionales existentes, aún con sus diferencias, deben articularse de modo tal que la garantía de los referidos objetivos de la seguridad social sea real, eficiente y efectiva.

Entonces, es la afiliación y cotización a cada régimen lo que define quien reconoce las prestaciones y bajo que parámetros legales, ya que, si una persona se encuentra válidamente vinculada al RAIS y es un fondo privado (Porvenir) el que recauda y administra sus aportes, es esa entidad la obligada a reconocer las prestaciones de ese régimen y, por ende, el afiliado debe dirigirse al mismo a reclamarlas, en consecuencia, no es viable acudir a una administradora de pensiones con la cual no se tiene un contrato o una afiliación a solicitar la pensión, porque no existe obligación contractual ni legal de estas frente al peticionario.

Acorde con lo expuesto, en el presente caso, si bien la actora cotizó a ISS hoy Colpensiones hasta el 29 de febrero de 2000, para esa data no había causado la pensión de vejez que reclama en el RPM, y por el contrario decidió trasladarse al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir S.A. el 2 de marzo del 2000, con efectividad a partir del 1° de mayo de esa misma anualidad, por lo que a partir de esta data se acogió íntegramente a este régimen, valga recordar, de ahorro individual, siendo la entidad encargada de administrar sus aportes y de reconocer las prestaciones derivadas de las contingencias de invalidez, vejez y muerte la AFP Porvenir.

Por lo tanto, no le asiste razón a la demandante cuando encontrándose afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir S.A. a partir del 1° de mayo del 2000, solicita a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, pues todas las cotizaciones que financian esa prestación económica se encuentran en poder de Porvenir S.A., y es esta quien debe reconocer la misma previo el cumplimiento de unos requisitos por parte de la señora Camelo. En consecuencia, se confirmará la decisión del *a quo* en este aspecto.

BONOS PENSIONALES

De acuerdo con el artículo 115 de la Ley 100 de 1993 *«los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones»*. Y señaló que *«Tendrán derecho a bono pensional los afiliados que con anterioridad a su ingreso al régimen de ahorro individual con solidaridad cumplan alguno de los siguientes requisitos»*:

1. Que hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o las cajas o fondos de previsión del sector público, siempre y cuando hayan cotizado más de 150 semanas.
2. Que hubiesen estado vinculados al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos;
3. Que estén vinculados mediante contrato de trabajo con empresas que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones;
4. Que hubiesen estado afiliados a cajas previsionales del sector privado que tuvieren a su cargo exclusivo el reconocimiento y pago de pensiones.

En el asunto bajo examen, se observa que la actora se encuentra entonces en el grupo uno, por haber efectuado cotizaciones al ISS superiores a 150 semanas, pues

recuérdese que entre el 6 de noviembre de 1979, y el 29 de febrero de 2000, aportó a este, 495,71 semanas (exp. Administrativo exp. Digital); por ende, al efectuar un traslado de régimen tiene derecho a que se emita un bono pensional que representa el valor de ese periodo de cotizaciones, el cual en el RAIS, se denomina bono tipo A, pero su consolidación depende de la información de la historia laboral, para que una vez afianzada y confirmada por los empleadores permita la emisión del bono, a efectos de que el mismo en la fecha correspondiente, sea redimido y pagado (CSJ SL5658-2021, CSJ SL2686-2021, y CSJ SL2512-2021).

Sobre dicho procedimiento, la Corte Suprema de Justicia providencia SL4305-2018, explicó:

1) Del procedimiento para la liquidación, emisión y expedición de los bonos pensionales tipo A:

Para que el valor del bono haga parte del capital de financiación de la pensión, han de agotarse las siguientes etapas: a) conformación de la historia laboral del afiliado; b) solicitud y realización de la liquidación provisional; c) aceptación por parte del afiliado de la liquidación provisional; d) emisión; e) expedición; f) redención y g) pago del bono pensional. A continuación, se describirán brevemente cada una ellas:

a) *Una vez el beneficiario del bono realiza la solicitud, de conformidad con lo previsto en el artículo 22 del Decreto 1513 de 1998, el primer paso para la tramitación del bono pensional es la conformación de la historia laboral del afiliado, que se realiza mediante la información que éste suministra a su AFP y la información que la AFP solicita a las entidades a las cuales el trabajador realizó cotizaciones diferentes al ISS.*

*La información así obtenida es ingresada por la AFP al Sistema Interactivo que para el efecto tiene la **OBP**. La información sobre cotizaciones realizadas por el trabajador al ISS se obtiene del archivo masivo que para el efecto tiene el ISS. Si se presenta alguna variación posterior de esta información y así lo certifica el ISS, la AFP debe digitar esta nueva información en el Sistema Interactivo de la **OBP**.*

b) *Conformada la historia laboral, la AFP, en representación del afiliado, debe solicitar al emisor del bono pensional la liquidación de éste, para lo cual debe definir el salario base para el cálculo del bono pensional.*

c) *Con esta información, la **OBP** realiza un cálculo del valor del bono a la fecha de corte, cálculo que denomina liquidación provisional. Antes de la emisión del bono pensional se pueden producir diversas liquidaciones provisionales, dependiendo de la información y de la aceptación de la misma por parte del afiliado. Según lo dispone el inciso 9º del artículo 52 del Decreto 1748 de 1995, la liquidación provisional no constituye una situación jurídica consolidada.*

d) *Realizada la liquidación provisional, la AFP debe darla a conocer al afiliado, para que éste la apruebe y la firme de conformidad con lo estipulado en el artículo 7º del Decreto 3798 de 2003. Si no está de acuerdo, el afiliado debe explicar a la AFP sus razones para que se efectúen las correcciones a que haya lugar. Efectuados los ajustes, debe realizarse una nueva solicitud a la **OBP** de liquidación provisional.*

e) *Producida la aprobación de la liquidación provisional por parte del afiliado, la AFP debe requerir a la **OBP** la emisión del bono pensional, la cual se realiza mediante resolución por parte del emisor, en la que se consagran los datos básicos del bono pensional y los valores calculados a esa fecha, los cuales pueden variar.*

f) *La expedición del bono pensional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1513 de 1998, es el momento en que se suscribe el título físico o del ingreso de la información a un depósito central de valores, en el caso de la expedición desmaterializada de títulos. Un bono emitido se expide en uno de los siguientes tres casos: (1) por redención normal del bono pensional tipo A que se produce cuando el afiliado, cumple 62 años, si es hombre, o 60 años, si es mujer, o cuando el mismo completa mil semanas de vinculación laboral válida para el bono; (2) por redención anticipada del bono pensional tipo A que ocurre cuando el afiliado fallece, es declarado inválido, o no cumple con el requisito de las semanas exigidas para obtener la garantía de la pensión mínima ni cuenta con el capital suficiente para adquirir una pensión; y (3) por solicitud de la AFP, una vez ésta ha obtenido autorización escrita del afiliado para negociar el bono con el fin de obtener una pensión anticipada.*

g) *Por último, se produce el pago del bono pensional a la AFP, que consiste en el depósito de los dineros en la cuenta de ahorro individual del beneficiario.*

2) De la historia laboral y las certificaciones válidas para liquidar los bonos pensionales:

En este orden de ideas se tiene que dentro del trámite para la expedición de bonos pensionales Tipo A se ha de cumplir con la conformación de la historia laboral del afiliado, puesto que, para la liquidación y emisión del bono, se utilizará aquella información laboral que haya sido confirmada directamente por el empleador o caja, fondo o entidad que deba dar certificación, según el caso, de forma oportuna. O aquella certificada a tiempo que no haya sido negada por alguno de estos, art. 52 del D. 1748 de 1995, modificado por los artículos 14 del Decreto 1474 de 1997 y 22 del D. 1513 de 1998.

Conforme al citado artículo 52, una vez el beneficiario eleva ante la AFP una solicitud de trámite de bono pensional, esa entidad debe establecer la historia laboral del afiliado con base i) en la información que este le haya suministrado y los archivos que la entidad posea y, ii) en toda la información laboral que pueda incidir en el valor del bono y que sea confirmada, modificada o negada por quienes hayan sido empleadores del afiliado, o por las cajas, fondos o entidades de previsión social a las que hubiere cotizado. Realizado lo anterior, la AFP trasladará dicha información al emisor para que este dé inicio al proceso de liquidación provisional del bono.

Es de advertir que el legislador allí mismo previó que, si la entidad requerida para que allegue la información pertinente es de carácter público, se aplicará lo dispuesto en el artículo 6º del Código Contencioso Administrativo. Si se trata de servidores públicos, el incumplimiento de este plazo será sancionado disciplinariamente del acuerdo con el Código Disciplinario Único, pero el legislador no previó los efectos del silencio administrativo positivo ni la presunción de veracidad de la información respecto de la cual se solicitó su confirmación o certificación.

Cuando un empleador deba certificar información laboral con destino a la expedición de un bono tipo A, en arreglo a lo dispuesto en el artículo 23 del D.1748 de 1995, la certificación debe contar con los requisitos expresamente allí señalados, dentro de los cuales, entre otros ítems, debe estar especificado «g) Número total de días de interrupción por suspensión o licencia no remunerada; opcionalmente, fechas de iniciación y terminación de las interrupciones», como también «k) Fecha de expedición de la certificación y su número consecutivo».

Se puede colegir de la regulación del trámite para obtener la expedición del bono, que la conformación de la historia laboral con este fin no está a cargo exclusivo de la AFP, si no que se trata de un proceso complejo que si bien es ejecutado y coordinado por la AFP, en él también han de intervenir el afiliado, las entidades donde se estuvo afiliado y los empleadores, según el caso. Puede estimarse que se trata de un trámite complejo, pero no por esto se ha eximir al aspirante a la pensión de llevarlo a cabo, puesto que la conformación de la historia laboral se justifica para reunir, de manera eficiente, cierta y efectiva, los medios económicos que permiten capitalizar las prestaciones pensionales, garantizando así el principio de sostenibilidad financiera de

los recursos y procurar la eficiencia, la solidaridad y la universalidad en la protección de las personas frente a las contingencias que el sistema de seguridad social ampara (arts. 48 de la Constitución y 2 de la Ley 100 de 1993).

Durante el agotamiento de la conformación de la historia laboral del afiliado, las sociedades administradoras de fondos de pensiones que manejan el régimen de ahorro individual con solidaridad, así como aquellas cajas o fondos del sector público o privado que lo hacen en el régimen solidario de prima media con prestación definida, deben procurar la mejor utilización de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que la emisión y redención de los bonos pensionales se materialice en forma adecuada, oportuna y suficiente, a partir de una articulación de políticas, instituciones, regímenes y procedimientos que permitan, cuando a ello haya lugar, recaudar aquellos aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 59 del D. 1748 de 1995, adicionado por el artículo 25 del D. 1513 de 1998, se ha de tener en cuenta la intangibilidad de la historia laboral elaborada con base en un archivo masivo que haya sido utilizada para la emisión del bono pensional, ya que, según este precepto, tal historia sólo podrá ser modificada con el consentimiento del afiliado.

Entonces, en este puntual caso, el emisor del bono pensional a que tiene derecho la señora Camelo, es la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público Oficina de Bonos Pensionales, y **no Porvenir S.A.**, dado que esta AFP solo es la encargada de adelantar, por cuenta del afiliado, las acciones y procesos en la solicitud de emisión y redención del bono pensional, con el fin de conformar el saldo de la cuenta de ahorro individual del afiliado a fin de determinar si cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

En virtud de lo anterior, la responsabilidad de estos fondos de pensiones como bien lo dijo el *a quo* es de intermediación y no de emisión de bonos pensionales; por lo tanto, no le asiste razón a la demandante cuando solicita que se condene a Porvenir S.A. a poner a disposición de Colpensiones el bono pensional, pues se reitera, este fondo de pensiones no emite bonos pensionales. Razón por la cual, se confirma la decisión de primera instancia en este sentido.

De otra parte, revisada la demanda presentada, las contestaciones, las pruebas procesales y los alegatos, se concluye que le asiste razón al *a quo*, pues del contenido íntegro de las piezas procesales en mención, no se extrae de ninguna manera, una pretensión distinta a la ya resuelta en el presente proceso que conduzca a hacer uso de las facultades ultra o extra petita (Art. 50 CPTSS).

Es preciso aclarar, que a pesar de que el juez tiene las facultades legales antes señaladas, esto no implica que pueda suponer o imaginar cual es el derecho sustancial deprecado, pues al menos del contenido de la demanda, sea en el acápite de

pretensiones o de hechos, se debe desprender con mediana claridad el derecho sustancial que reclama; sin embargo, en el presente proceso no ocurre, pues la demanda fue mal formulada, de ahí que no podía acudir a esa figura procesal (CSJ SL3614-2020).

Por último, resulta importante advertir que, el profesional del derecho tiene responsabilidades propias de la naturaleza de la profesión que consiste en brindar una debida asesoría al cliente sobre los derechos sustanciales que se pretenda, así como, presentar un escrito de demanda en el que al menos quede claro cuál es el derecho sustancial que solicita, situación que es brilla por su ausencia en este proceso.

Acorde con las consideraciones anteriores, se confirmará el fallo de primer grado.

V. COSTAS

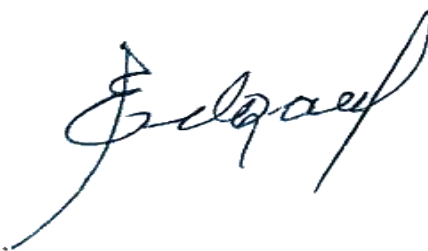
No se condena en costas en esta instancia, como quiera que no se interpusieron recursos.

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,

VI. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia consultada

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

(En uso de permiso)

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 ÁLVARO VERA ROMERO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PROTECCIÓN S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de agosto 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**I. ANTECEDENTES**

El demandante pretende se declare «*la ineficacia y como consecuencia la nulidad*» del traslado que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Protección S.A. el 1° de agosto de 1999, y su posterior traslado a Porvenir S.A. En consecuencia, solicitó se condene a dicha entidad a retornar los valores consignados en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros, la comisión y lo que resulte procedente a Colpensiones y, a esta última, aceptar el traslado y recibir los aportes pensionales; que se condene en costas y se acceda a lo probado *ultra y extra petita*.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 7 de julio de 1958; que se afilió al ISS desde 1988, se trasladó a Protección S.A. el **1° de agosto de 1999**, y posteriormente se trasladó a Porvenir S.A.; que los asesores del RAIS sólo informaban las ventajas que conllevaba trasladarse de régimen, entre ellas la posibilidad de

pensionarse anticipadamente y que fue *«ilusionado y engañado con recibir una mesada pensional más alta»*.

Señaló, que los asesores de los fondos de pensiones no le proporcionaron la debida información que hubiese permitido tomar una decisión informada pues omitieron informar sobre los riesgos y las consecuencias del traslado y los requisitos para acceder a las prestaciones económicas en el RAIS; además, que refirió que las personas que realizaron la afiliación a los fondos de pensiones no eran abogados y, por ende, no eran los idóneos para brindar la asesoría.

Adicionalmente, sostuvo que el formulario de afiliación de Porvenir S.A. es falso, pues no coincide la firma que utiliza en los negocios, razón por la cual interpuso la denuncia penal radicado HUILA-MCGIT – No 20190200240192; que el valor de la mesada pensional en el RAIS corresponde a \$1.597.600, mientras que de acuerdo con la proyección que realizó de la mesada pensional en el RPM al 31 de marzo de 2019, corresponde a \$4.980.542; que solicitó la anulación de la afiliación a Protección S.A., Porvenir S.A. y a Colpensiones la anulación del traslado, quienes negaron la petición 22 de agosto de 2019, 12 de junio de 2019, y 10 de junio de 2019, respectivamente (f.º116 a 125).

II. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del demandante, la fecha de vinculación al ISS, la petición de nulidad y la respuesta emitida. Frente a los demás hechos, manifestó que no le constaban. En su defensa, propuso como excepciones de mérito 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 y la innominada o genérica»* (f.º141 a 161).

PORVENIR S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, negó no haber proporcionado la debida información que le permitiera tomar una decisión consciente y que la diferencia de la mesada pensional en ambos regímenes fuera presupuesto para acreditar un vicio en el consentimiento.

Aclaró, que su voluntad de pertenecer al RAIS se reiteró con la afiliación a Porvenir S.A. que brindó información clara, precisa, veraz y suficiente de las condiciones, características, implicaciones y funcionamiento del sistema de acuerdo con la ley, por lo que la suscripción del formulario de afiliación fue libre, voluntaria e informada. Frente a los demás hechos manifestó que no eran ciertos o no le constaban. En su defensa, propuso como excepciones de mérito, las de «*prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y excepción genérica*» (f.º 199 a 213).

PROTECCIÓN S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del demandante y lo dicho en el hecho noveno, décimo y décimo segundo.

Negó no haberle brindado la información necesaria para realizar el traslado de régimen pensional, que el acto de traslado estuviera viciado de nulidad y que la simulación pensional que realizó demuestre que es más favorable el RPM que el RAIS. Aclaró que, brindó una asesoría integral y completa de las implicaciones del traslado, que le explicó las características y regulaciones de ambos regímenes pensionales, sin hablarse de una situación más ventajosa en uno y otro, pues son regímenes diferentes y excluyentes. Que el acto de traslado es existente, válido y exento de vicios del consentimiento, pues se realizó respetando las garantías consagradas en la Constitución y la Ley y se consolidó con la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación y comprensión. Frente a los demás hechos manifestó que no eran ciertos o no le constaban.

En su defensa, propuso como excepciones de fondo de «*inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y 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 declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica*» (f.º 218 a 227)

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 22 de septiembre de 2021 (expediente digital, archivo 016), resolvió:

PRIMERO. DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por el señor **ÁLVARO VERA ROMERO CC.10.164.843** al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 23 de junio de 1999, incluido los traslados realizado dentro del mismo régimen, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A., fondo al que se encuentra afiliado el señor **ÁLVARO VERA ROMERO CC.10.164.843,** trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** – los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración debidamente indexados, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor, conforme quedaron explicado en esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A. a remitir a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** –, los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a ese fondo, conforme quedó explicado precedentemente.

El *a quo* indicó, que no era objeto de discusión que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Protección S.A. el 23 de junio de 1999; que posteriormente se trasladó a Porvenir S.A. el 24 de junio de 2002, luego a Protección el 27 de marzo de 2003, y finalmente retornó a Porvenir S.A. el 25 de junio de 2008.

Como fundamento de su decisión, manifestó que el problema jurídico consistía en determinar si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad es ineficaz.

Para el efecto, expuso que los fondos de pensiones desde su fundación tienen la obligación de brindar a los usuarios información de manera objetiva, comparada y transparente sobre las características de los regímenes pensionales y más por tratarse de una entidad de seguridad social porque de su actividad dependen claros intereses sociales; que la firma del formulario junto con las afirmaciones consignadas en el formato pre-impreso no es suficiente para dar por demostrado el deber de información; frente a la carga de la prueba, indicó que le corresponde a los fondos demostrar que brindó la información en los términos indicados porque tienen una mejor posición para hacerlo.

En el caso concreto, explicó que, Protección S.A. no demostró haber cumplido con el deber de información, que la posible contradicción sobre la suscripción del formulario quedó esclarecida en el interrogatorio de parte; que le dio plena validez al formulario de vinculación, pues el demandante no tachó de falso el documento y no

probó que la firma no fuera suya, teniendo la carga de hacerlo; que lo anterior no cambia el hecho de que el fondo de pensiones faltó al deber de información.

Manifestó, que no se prueba con el interrogatorio de parte que el fondo de pensiones haya explicado las características de los regímenes pensionales, que se demostró que el demandante si era un afiliado lego, por lo que se debía explicar en debida forma las características de los regímenes pensionales para que pudiera tomar una decisión consciente y libre y con respecto a pesar de que la motivación para solicitar el traslado sea el valor de la mesada pensional, este hecho no tiene la entidad para no tener en cuenta los argumentos en que se sustenta la demanda.

En cuanto a la prescripción, señaló que la ineficacia persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

PROTECCIÓN S.A. solicita que la sentencia sea revocada de manera parcial. En sustento del recurso, expone que, no es procedente ordenar el traslado de los gastos de administración, porque se trata de comisiones ya causadas, que se está generando un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones al trasladarle una comisión que ni siquiera esta destinada a financiar la pensión de vejez, además de que ya está recibiendo los rendimientos de la cuenta de ahorro individual del afiliado.

Adicionalmente, indica que, si lo que busca es aplicar los efectos de la ineficacia, los rendimientos financieros no se habrían producido, por lo que se esta desdibujando la consecuencia de esta figura jurídica, que no se puede desconocer que el contrato de afiliación produjo unos frutos, por eso se tiene derecho a conservar la comisión de administración. Con respecto a los seguros previsionales, manifiesta que están imposibilitados para recobrarlo a las aseguradoras pues ya se causaron, además que, es un tercero de buena fe que no tuvo injerencia en los actos suscritos entre el afiliado y el fondo.

PORVENIR S.A. pretende que sea revocada la sentencia en su integridad, para lo cual argumentó que la falladora no tuvo en cuenta las inconsistencias que se presentaron entre la demanda y el interrogatorio de parte; que no puede permitir que sea manipulada la información para obtener beneficios; que no por el hecho de que el demandante sea bachiller implica que desconozca los efectos de un contrato; que no es razonable inferir que no se suministró la información suficiente por no tener un

documento adicional al formulario de vinculación y que el afiliado conocía la prohibición legal del traslado y encontrándose dentro de la oportunidad legal no se trasladó.

Señaló, que debe aplicarse el principio de inescindibilidad y no aplicar fragmentos que resultan más favorable para el afiliado pues condenan a trasladar todos los aportes y demás emolumentos desconociendo la gestión del fondo de pensiones, que no puede ordenarse la devolución de los gastos de administración porque no forman parte integral de la pensión y por este hecho no goza de imprescriptibilidad. Finalmente, manifiesta su inconformidad porque no se condenó en costas a Colpensiones.

COLPENSIONES solicita que sea revoca la sentencia en su integridad, para la cual trae a colación la prohibición legal del traslado de régimen, no es suficiente para declarar la ineficacia el desacuerdo con el monto de la mesada pensional; que es un tercero de buena fe que no tuvo injerencia en la afiliación del demandante al RAIS y, que debe analizarse cuales son las consecuencias para el RPM la declaratoria de ineficacia del traslado.

V. CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Protección S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en lo que esta última no apeló, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

En el presente asunto no es materia de discusión: i) que el demandante suscribió el formulario de afiliación a Colmena, hoy Protección S.A. el **23 de junio de 1999** (expediente digital, archivo 01 pdf 131); ii) que se trasladó a Porvenir S.A. el **24 de junio de 2002** (expediente digital, archivo 01 pdf 144); iii) que volvió a suscribir formulario de afiliación a Protección S.A. el **27 de marzo de 2003** (expediente digital, archivo 01 pdf 339); y iv) que el último traslado lo realizó a Porvenir S.A. el **25 de junio de 2008**.

Conforme a los antecedentes, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Protección S.A. es ineficaz por falta de información y, si como consecuencia de lo anterior, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados, gastos de administración, rendimientos, primas previsionales y la suma destinada al fondo de garantía de pensión mínima.

DEBER DE INFORMACIÓN

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterada y pacífica jurisprudencia ha considerado que, desde la implementación del sistema de seguridad social en pensiones, que creó a las administradoras privadas de pensiones, se estableció la obligación de informar al momento de traslado en forma clara, precisa y oportuna, las características de los regímenes pensionales, para garantizar que los afiliados al sistema puedan tomar decisiones debidamente informadas, con fundamento en el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Lo anterior, debido a que estas entidades cuentan con responsabilidades sociales y profesionales intrínsecas a su labor, que las obligan, desde su misma creación, a acompañar al afiliado y suministrarle información clara, veraz, prudente, comprensible y efectiva sobre las consecuencias de la elección de un determinado régimen pensional, teniendo en cuenta sus condiciones particulares y la historia laboral (CSJ SL 5280-2021).

De modo que, el acto de traslado debe ir precedido de una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional cumplimiento que 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 este sentido, se ha indicado que no hay una manifestación libre y voluntaria cuando el afiliado desconoce la incidencia que tiene el traslado en sus derechos prestacionales, de ahí que, no pueda estimarse satisfecho este requisito con la simple expresión genérica que se plasman en los formularios de afiliación.

Asimismo, no desconoce esta Sala de Decisión que el deber de información con el pasar del tiempo se ha intensificado y con ello las obligaciones a cargo de las administradoras de pensiones, de ahí que, del deber de información necesaria (1993-2009) se pasó 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 (CSJ SL4062-2021).

CARGA PROBATORIA

Tal como lo ha fijado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quienes tienen la obligación de acreditar el cumplimiento del deber de información son los fondos de pensiones, pues tienen la posición más favorable, ya que la documentación soporte del traslado debe conservarse en sus archivos.

Adicionalmente, al centrarse el debate en que los fondos de pensiones no suministraron la información pertinente, no se le puede exigir al afiliado una prueba sobre esta manifestación, pues corresponde a un supuesto de hecho negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que si cumplió con esta obligación (SL1957-2022).

TRASLADO SIN CONDICIONES ESPECIALES

Es imperioso reiterar que, el deber de información a cargo del fondo de pensiones, para la época del traslado, se circunscribe a suministrar información suficiente y transparente que permitiera al afiliado vincularse al régimen que más le favoreciera, de modo que, es indiferente para esta Sala de Decisión y así lo ha manifestado la Sala de Casación Laboral en su jurisprudencia, que el afiliado deba ser beneficiario del régimen de transición o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia como incumplimiento de este deber y menos si el traslado genera algún tipo de perjuicio, pues se itera, *«la violación al deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (SL1452-2019).

CASO CONCRETO

Sea lo primero precisar, que tal como se desprende de los medios de convicción del proceso, la solicitud de vinculación ante el fondo de pensiones Protección S.A. se realizó el **23 de junio de 1999**, cuando el deber de información se encontraba en la primera etapa, según la cual, debe entregar información suficiente y transparente que le permita al afiliado elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajuste a sus intereses.

De ahí que, Protección S.A. tenía el deber inexcusable de brindar al afiliado información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen al

que se encontraba vinculada, de modo que, no se le está imponiendo obligaciones no previstas en el ordenamiento jurídico como lo expuso el *ad quo*, pues esta obligación viene consignada en el numeral 1. ° del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Por otra parte, a pesar de que se firmó el formulario de afiliación bajo un texto pre-impreso «*voluntad de elección y afiliación*», no por este hecho se puede concluir que el acto de traslado estuvo mediando por la voluntad del demandante, pues, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que este tipo de aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, dado que a lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado (CSJ SL1949-2022 que reitera CSJ SL19447-2017).

Ahora bien, con respecto a los actos de relacionamiento y la permanencia en el régimen a través del tiempo, la Sala de Casación Laboral desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, como consecuencia de la falta de información, el acto jurídico no se torna en eficaz por: i) los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas, ii) porque no se haya expresado inconformidad alguna con el sistema o iii) porque ha permanecido en el mismo (CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022).

En ese orden, no puede sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen- actos de relacionamiento- o porque allá permanecido en el régimen por mucho tiempo, 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 del RPM 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, a pesar de que los fondos de pensiones tenían la obligación legal de probar el cumplimiento del deber de información, no lograron probarlo, por el contrario, resulta claro para esta Sala de Decisión que las administradoras de pensiones incumplieron con el deber de brindar información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba retirarse del RPM al que se encontraba afiliado. En consecuencia, se debe declarar la **ineficacia del traslado**, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

La declaración de ineficacia trae como consecuencia suponer que el acto jurídico de traslado 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, es decir, con efectos *ex tunc* (desde siempre).

Bajo este horizonte, resulta totalmente válido que se disponga que los fondos de pensiones privados trasladen a Colpensiones, no sólo el dinero existente en la cuenta de ahorro individual que incluye los rendimientos, sino lo correspondiente a los bonos pensionales, las primas de seguros previsionales, lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las comisiones y los gastos de administración, conceptos que debe ir debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, así lo ha respaldado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1467-2021 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, 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) 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 anterior, se hace necesario modificar el numeral TERCERO de la decisión de instancia, para adicionar la devolución de bono pensionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia por el tiempo que estuvo vinculado en cada uno de los fondos de pensiones, rubros que deben ir debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, pues como lo dispone la sentencia estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos se financiará 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, la devolución de **manera íntegra** a Colpensiones de todos los dineros aportados por el afiliado al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual.

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala de Decisión 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.

VI. COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas Colpensiones, Porvenir S.A. y 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,

VII. RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral TERCERO de la sentencia de instancia, en el sentido de **CONDENAR** a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. a trasladar a Colpensiones además de lo ya indicado en este numeral, lo correspondiente a bonos pensionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, además de que, al momento de cumplirse la orden dispuesta en este numeral, esta entidad deberá discriminar todos los conceptos ordenados a trasladar con sus respectivos valores, el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

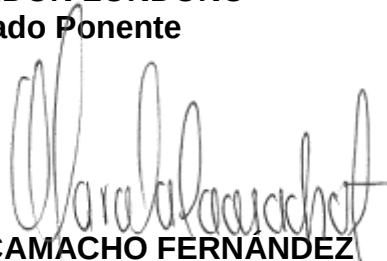
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

(En uso de permiso)
EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

Se fija como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones.,
Porvenir S.A. y Protección S.A., 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 GLADYS HELENA DUQUE REDONDO
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS –
PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS –
PROTECCIÓN S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre 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**I. ANTECEDENTES**

La demandante pretende se declare «*nulidad*» del traslado que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir S.A. y su posterior traslado a Protección S.A. En consecuencia, solicitó se condene a los fondos de pensiones a retornar la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización trasladadas al momento del traslado de régimen y los demás emolumentos a Colpensiones; que se indexen todas las sumas de dinero y se acceda a lo probado *ultra y extra petita* y se condene a las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 28 de noviembre de 1963, se trasladó a Porvenir S.A. el **18 de junio de 1998**, y posteriormente se trasladó a Protección S.A.; que al momento del traslado no recibió información técnica, transparente y adecuada sobre las características y condiciones de acceso a las

prestaciones en ambos regímenes pensionales, ni le advirtieron de los riesgos y consecuencias del traslado.

Indicó, que los asesores de los fondos de pensiones no tenían la formación profesional ni el conocimiento del sistema general de pensiones y refirió que se le «*engaño*» porque le comunicaron que la condición pensional era más beneficiosa en el RAIS, que el ISS desaparecería, que le resultaba favorable el traslado porque la pensión tendría una mesada inicial superior y vitalicia y podría tener una pensión anticipada. En razón a la omisión de la información suministrada, manifestó que, se trasladó de régimen pensional, por lo que la decisión no fue libre, voluntaria y espontánea, sino que fue inducida por error.

Sostuvo, que agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones el 18 de octubre de 2018, misma fecha en que solicitó la nulidad del traslado ante Protección S.A. y Porvenir S.A., las cuales negaron la petición el 23 de octubre de 2018, y 10 de diciembre de 2018, respectivamente (f.º5 a 18)

II. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la reclamación administrativa y la respuesta emitida. Frente a los demás hechos, manifestó que no le constaban. En su defensa, propuso como excepciones de mérito «*falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, inexistencia de la obligación de afiliación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos y la innominada o genérica*» (f.º122 a 139).

PORVENIR S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la solicitud de nulidad presentada y la respuesta brindada. Negó no haber brindado información completa de los regímenes pensionales y que los asesores comerciales no estuvieran capacitados en el sistema general de pensiones.

Aclaró que, la afiliación al RAIS se realizó de manera informada, que brindó asesoría verbal de conformidad con el numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, acorde con los requisitos y condiciones establecidas en la Ley; que los asesores

reciben capacitaciones y formación acerca del funcionamiento del Sistema General de Pensiones; que la obligación de explicar las consecuencias del traslado de régimen nació con el Decreto 2071 de 2015; que al momento del traslado no era posible realizar un estimativo del valor de la mesada pensional.

Asimismo, indicó que la suscripción el formulario de afiliación no puede ser ignorada y desconocerse sus efectos, además que conste en un formato pre-impreso no le resta validez. En su defensa, propuso como excepciones de mérito 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»* (f.º 182 a 200).

PROTECCIÓN S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y la solicitud de nulidad ante su entidad. Frente a los demás hechos manifestó que no le constaban.

En su defensa, propuso como excepciones de mérito *«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 declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica»* (f.º 213 a 221)

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro aboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 13 de julio de 2021 (f.º 252), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación que hizo la señora GLADYS HELENA DUQUE REDONDO, identificada con C.C. 39.686.801 a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. el 18 de junio de 1998 de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora GLADYS HELENA DUQUE REDONDO, identificada con C.C. 39.686.801, nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, contrario a ello, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definitiva.

TERCERO: ORDENAR a LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con

*motivo de la afiliación de la señora **GLADYS HELENA DUQUE REDONDO**, identificada con C.C. 39.686.801 como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, es decir, lo que tenga la demandante en la actualidad en su cuenta de ahorro individual o al momento de realizarse el traslado, junto con los gastos de administración, conforme la parte motiva de esta sentencia.*

CUARTO: ORDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES lo que haya deducido de los aportes efectuados por la demandante por concepto de gastos de administración, conforme a lo motivado.

Como fundamento de su decisión, indicó que el problema jurídico consistía en establecer si al momento suscripción del formulario de vinculación al RAIS se brindó a la demandante información suficiente sobre las características, ventajas y desventajas de los regímenes pensionales.

Para el efecto, expuso que la afiliación a cualquiera de los regímenes pensionales debe ser libre y voluntaria que se realizará por escrito con el diligenciamiento del formulario de vinculación como lo hizo la demandante – literal b, artículo 13 Ley 100 de 1993 y el artículo 11 del Decreto 692 de 1994– ; asimismo, mencionó que el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, impuso la obligación a las entidades financieras de suministrar información suficiente y transparente a los afiliados que les permitiera escoger las mejores opciones del mercado y la sanción prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, cuando se atente contra el derecho de la libre elección del afiliado.

Manifestó, que la jurisprudencia ha adocinado que los fondos de pensiones tienen el deber legal de brindar información clara, comprensible y suficiente a los potenciales afiliados de las características y condiciones de acceso, ventajas y desventajas de los regímenes pensionales y las consecuencias del traslado, de ahí que, la simple manifestación de voluntad plasmada en un formulario de vinculación no es suficiente para acreditar el cumplimiento del deber de información. Además, adujo que la carga de la prueba le corresponde a los fondos de pensiones.

Sostuvo, que la demandante firmó el formulario de vinculación el **18 de junio de 1998**; sin embargo, el fondo de pensiones no acreditó el cumplimiento del deber de información pues no aportó los elementos probatorios que dieran fe que al momento del traslado se le brindó información en los términos señalados, resultando insuficiente el formulario de vinculación, pues si bien, es una manifestación de voluntad libre, espontánea y sin presiones, no se prueba que la demandante hubiera sido informada y en el interrogatorio de parte, tampoco se logró una confesión en este sentido.

De expuesto, dedujo que en el traslado de régimen pensional hubo ausencia de una libertad informada, pues solo conocida algunas características del régimen, por lo que invalida la afiliación al RAIS e indicó que, como lo ha señalado la jurisprudencia de la CSJ cuando se incumpla con este deber, lo procedente es declarar la ineficacia de la afiliación y no la nulidad, por ende, el afiliado no debe demostrar la existencia de vicios en el consentimiento; así, a pesar de que se solicitó la nulidad se declarará la ineficacia de la afiliación, con las consecuencias jurídicas de esta institución señaladas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Adujo, que no era procedente la indexación, toda vez que al ordenarse trasladar las cotizaciones y rendimientos financieros, estos conceptos compensan la pérdida del valor económico de la moneda. Finalmente, frente a la prescripción, sostuvo que, la jurisprudencia ha reiterado que la acción de ineficacia no prescribe porque los hechos y los estados jurídicos no están sujetos a esta institución.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. solicita sea revocada la sentencia de instancia; para ello sostuvo que el traslado de régimen pensional se realizó de manera válida, sin presiones e informada de conformidad con la normatividad vigente para la fecha del traslado, que al momento del traslado la ley solo exigía informar sobre algunas características del régimen, pues se enfocada en evitar la coacción en la elección, que el deber del buen consejo, doble asesoría, proyecciones pensionales e informar por escrito los beneficios puntuales de cada régimen surgieron con posterioridad.

Afirmó, que para la época del traslado no era posible determinar las consecuencias o desventajas de un derecho pensional que no se había consolidado y que el valor de la mesada pensional no se podía determinar. En lo correspondiente la condena a devolver los gastos de administración y rendimientos financieros, manifiesta que, si lo que se pretende es aplicar los efectos en su integridad de la ineficacia, no se generaría rendimientos financieros, por lo que resulta improcedente condenar a devolver estas sumas.

Adicionalmente, menciona que toda decisión judicial que determine el traslado de régimen pensional debe tener en cuenta la estabilidad y sostenibilidad del sistema pensional, el mantenimiento del orden legal y criterios técnicos que determinen que no generan una afectación al RPM; que el traslado de recursos de regímenes pensionales

debe hacerse de conformidad con el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, por las restituciones mutuas, por lo que existiendo una norma que regula la situación, no existe razón para apartarse e incluir otros conceptos, además que, es contrario a la realidad, devolver estas sumas cuando estuvo protegido y amparado contra los riesgos de invalidez y muerte.

PROTECCIÓN S.A. solicita que la sentencia sea revocada de manera parcial. En sustento del recurso, expuso que no es procedente ordenar el traslado de los gastos de administración, porque se trata de comisiones ya causadas, que se está generando un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones al trasladarle una comisión que ni siquiera está destinada a financiar la pensión de vejez, además de que ya está recibiendo los rendimientos de la cuenta de ahorro individual del afiliado.

Adicionalmente, indica que si lo que busca es aplicar los efectos de la ineficacia, los rendimientos financieros no se habrían producido, por lo que se está desdibujando la consecuencia de esta figura jurídica, que no se puede desconocer que el contrato de afiliación produjo unos frutos, por eso se tiene derecho a conservar la comisión de administración. Con respecto a los seguros previsionales, manifiesta que están imposibilitados para recobrarlo a las aseguradoras pues ya se causaron; además, es un tercero de buena fe que no tuvo injerencia en los actos suscritos entre el afiliado y el fondo.

Finalmente, indica que frente a esos conceptos opera la prescripción porque no financian directamente la prestación económica.

COLPENSIONES solicita sea revocada la sentencia. En sustento de la alzada, indicó que no es jurídicamente válido imponer a las administradoras de pensiones obligaciones que no estaban previstas en el ordenamiento jurídico al momento del traslado, pues esto vulnera la confianza legítima y el debido proceso; que para el momento del traslado con la suscripción del formulario de afiliación se plasmaba la voluntad de pertenecer al régimen y que la demandante manifestó en el interrogatorio que le fue suministrada una información, que precisamente era la que exigía dar en ese momento.

A su vez, sostiene que no se demostró en el transcurso del proceso vicios del consentimiento, que la Corte Suprema de Justicia ha hecho una interpretación errónea del artículo 1604 C.C., toda vez que la responsabilidad objetiva que le atribuye a los fondos de pensiones implica que la esfera de control sea exclusivamente de quién

causa el daño y en estos procesos los potenciales afiliados también tienen el deber de informarse sobre los regímenes pensionales y la demandante no lo hizo.

Finalmente, señaló que la demandante firmó el formulario sin ninguna salvedad, ni lo tachó de falso dentro del proceso por lo que existió una aceptación tácita de las condiciones de afiliación y que el silencio y los traslados transversales ratificaron su intención de permanecer en el régimen.

V. CONSIDERACIONES

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

En el presente asunto no es materia de discusión: i) que la demandante suscribió el formulario de afiliación a Porvenir S.A. el **18 de junio de 1998** (f.º44), y se hizo efectivo el **1º de agosto de 1998** (f.º222); ii) que se trasladó a Colmena, hoy Protección S.A. suscribiendo la solicitud de vinculación el 23 de marzo de 1999 (f.º29) y se hizo efectiva el **1º de mayo de 1999** (f.º222)

Conforme a los antecedentes, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A. es ineficaz por falta de información y, si como consecuencia de lo anterior, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados, gastos de administración, rendimientos, primas previsionales y la suma destinada al fondo de garantía de pensión mínima.

DEBER DE INFORMACIÓN

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterada y pacífica jurisprudencia ha considerado que, desde la implementación del sistema de seguridad social en pensiones, que creó a las administradoras privadas de pensiones, se estableció la obligación de informar al momento de traslado en forma clara, precisa y oportuna, las características de los regímenes pensionales, para garantizar que los afiliados al sistema puedan tomar decisiones debidamente informadas, con fundamento en el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Lo anterior, debido a que estas entidades cuentan con responsabilidades sociales y profesionales intrínsecas a su labor, que las obligan, desde su misma creación, a acompañar al afiliado y suministrarle información clara, veraz, prudente, comprensible y efectiva sobre las consecuencias de la elección de un determinado régimen pensional, teniendo en cuenta sus condiciones particulares y la historia laboral (CSJ SL 5280-2021).

De modo que, el acto de traslado debe ir precedido de una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional cumplimiento que 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 este sentido, se ha indicado que no hay una manifestación libre y voluntaria cuando el afiliado desconoce la incidencia que tiene el traslado en sus derechos prestacionales, de ahí que, no pueda estimarse satisfecho este requisito con la simple expresión genérica que se plasman en los formularios de afiliación.

Asimismo, no desconoce esta Sala de Decisión que el deber de información con el pasar del tiempo se ha intensificado y con ello las obligaciones a cargo de las administradoras de pensiones, de ahí que, del deber de información necesaria (1993-2009) se pasó 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 (CSJ SL4062-2021).

CARGA PROBATORIA

Tal como lo ha fijado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quienes tienen la obligación de acreditar el cumplimiento del deber de información son los fondos de pensiones, pues tienen la posición más favorable, ya que la documentación soporte del traslado debe conservarse en sus archivos.

Adicionalmente, al centrarse el debate en que los fondos de pensiones no suministraron la información pertinente, no se le puede exigir al afiliado una prueba sobre esta manifestación, pues corresponde a un supuesto de hecho negativo

indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que si cumplió con esta obligación (SL1957-2022).

TRASLADO SIN CONDICIONES ESPECIALES

Es imperioso reiterar que, el deber de información a cargo del fondo de pensiones, para la época del traslado, se circunscribe a suministrar información suficiente y transparente que permitiera al afiliado vincularse al régimen que más le favoreciera, de modo que, es indiferente para esta Sala de Decisión y así lo ha manifestado la Sala de Casación Laboral en su jurisprudencia, que el afiliado deba ser beneficiario del régimen de transición o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia como incumplimiento de este deber y menos si el traslado genera algún tipo de perjuicio, pues se itera, *«la violación al deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (SL1452-2019).

CASO CONCRETO

Sea lo primero precisar, que tal como se desprende de los medios de convicción del proceso, la solicitud de vinculación ante el fondo de pensiones Porvenir S.A. se realizó el **18 de junio de 1998** y se hizo efectiva el **1° de agosto de 1998**, cuando el deber de información se encontraba en la primera etapa, según la cual, debe entregar información suficiente y transparente que le permita al afiliado elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajuste a sus intereses.

De ahí que, Porvenir S.A. tenía el deber inexcusable de brindar a la afiliada información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculada, de modo que, no se le está imponiendo obligaciones no previstas en el ordenamiento jurídico como lo expuso el *ad quo*, pues esta obligación viene consignada en el numeral 1. ° del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Por otra parte, a pesar de que se firmó el formulario de afiliación bajo un texto pre-impreso *«voluntad de afiliación»*, no por este hecho se puede concluir que el acto de traslado estuvo mediando por la voluntad de la demandante, pues, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que este tipo de aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, dado que a lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado (CSJ SL1949-2022 que reitera CSJ SL19447-2017).

Ahora bien, con respecto a los actos de relacionamiento y la permanencia en el régimen a través del tiempo, la Sala de Casación Laboral desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, como consecuencia de la falta de información, el acto jurídico no se torna en eficaz por: i) los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas, ii) porque no se haya expresado inconformidad alguna con el sistema o iii) porque ha permanecido en el mismo (CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022).

En ese orden, no puede sostenerse que al haber realizado la afiliada traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen- actos de relacionamiento- o porque allá permanecido en el régimen por mucho tiempo, 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 del RPM 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, a pesar de que los fondos de pensiones tenían la obligación legal de probar el cumplimiento del deber de información, no lograron probarlo, por el contrario, resulta claro para esta Sala de Decisión que las administradoras de pensiones incumplieron con el deber de brindar información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba retirarse del RPM al que se encontraba afiliada. En consecuencia, se debe declarar la **ineficacia del traslado**, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

La declaración de ineficacia trae como consecuencia suponer que el acto jurídico de traslado 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, es decir, con efectos *ex tunc* (desde siempre).

Bajo este horizonte, resulta totalmente válido que se disponga que los fondos de pensiones privados trasladen a Colpensiones, no sólo el dinero existente en la cuenta de ahorro individual que incluye los rendimientos, sino lo correspondiente a los bonos pensionales, las primas de seguros previsionales, lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las comisiones y los gastos de administración, conceptos que debe ir debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, así lo ha respaldado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1467-2021 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 adocinado 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, 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) 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 a la afiliada.

Por lo anterior, se hace necesario modificar el numeral TERCERO para adicionar la devolución del porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia por el tiempo que estuvo vinculada en el fondo de pensión, rubros que deben ir debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, toda vez que el a quo omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, pues como lo dispone la sentencia estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos se financiará las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Asimismo, se modificará el numeral CUARTO la decisión de instancia, para adicionar la devolución de los rendimientos financieros, comisiones, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia por el tiempo que estuvo vinculada en el fondos de pensiones, rubros que deben ir debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, pues como lo dispone la sentencia estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos se financiará 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 de la demandante implica, la devolución de **manera íntegra** a Colpensiones de todos los dineros aportados por el afiliado al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual.

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala de Decisión 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.

VI. COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A. como quiera que sus recursos de alza 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,

VII. RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral TERCERO de la sentencia de instancia, en el sentido de **CONDENAR** a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a Colpensiones además de lo ya indicado en este numeral, lo correspondiente a el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, además de que, al momento de cumplirse la orden dispuesta en este numeral, esta entidad deberá discriminar todos los conceptos ordenaros a trasladar con sus respectivos valores, el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR al numeral CUARTO de la sentencia de instancia, en el sentido de **CONDENAR** a PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones además de lo ya indicado en este numeral, lo correspondiente a el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, además de que, al momento de cumplirse la orden dispuesta en este numeral, esta entidad deberá discriminar todos los conceptos ordenaros a trasladar con sus respectivos valores, el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

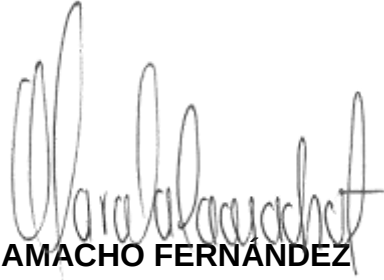
TERCERO. CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

(En uso de permiso)

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

Se fija como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones.,
Porvenir S.A. y Protección S.A., 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 CLAUDIA BORRERO CABRERA
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS –
PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre 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**I. ANTECEDENTES**

La demandante pretende se declare la «*anulación por ineficacia*» del traslado al Régimen al Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir S.A. En consecuencia, solicitó se condene a retornar las cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos y gastos de administración a Colpensiones y, a esta última, afiliarlo al RPM; además, requirió que se condene a Porvenir S.A., en caso de otorgarse la pensión antes de resolver la litis, a pagar la mesada pensional hasta tanto se realice el traslado de los fondos y sea incluido en la nómina de pensionados en el RPM. Por último, solicitó que se acceda a lo probado *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que se afilió al Sistema de Seguridad Social el 1° de septiembre de 1977; que se trasladó a Porvenir S.A. el 17 de octubre de 2001; que al momento del traslado diligenció un formato preestablecido y el fondo de pensiones no le suministró información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta de las ventajas, desventajas y características del RAIS, las consecuencias o

riesgos del traslado, proyecciones ni comparativos de los regímenes pensionales, condiciones y requisitos de acceso a las prestaciones económicas, condiciones de negociación del bono pensional en caso de solicitar la pensión anticipada y el derecho de retracto; que por el contrario, los fondos privados publicaron información que faltaba a la verdad, pues informaron que podía pensionarse anticipadamente; que la mesada pensional sería más alta que en el ISS; que el capital ahorrado iba a tener un rendimiento financiero que permitía mejorar el valor de la mesada pensional; que el ISS iba a desaparecer, por lo que estaban en riesgos los aportes a pensión.

Informó, que de haber continuado afiliado al RPM el valor de su mesada pensional sería de \$4.651.211, mientras que en el RAIS es de \$1.179.779, proyección que se realizó con los datos contenidos en la historia laboral; que solicitó ante Porvenir S.A. copia de los documentos que le fueron suministrados para realizar el traslado y el fondo de pensiones no los entregó; que le dio a Colpensiones y Porvenir S.A. la anulación del traslado; que Colpensiones no respondió y Porvenir S.A. negó la petición (expediente digital, archivo 01).

II. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha en que se vinculó al ISS, la fecha de traslado de régimen pensional y la petición de anulación de la afiliación remitida a Colpensiones. Negó no haber dado respuesta a la petición incoada. Aclaró que si ha dado respuesta a todas las peticiones realizadas por la demandante. Frente a los demás hechos, manifestó que no le constaban.

En su defensa, propuso como excepciones de mérito «*descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, 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 y la innominada o genérica*» (expediente digital, archivo 01).

PORVENIR S.A. Se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de traslado, la petición que interpuso a su entidad solicitando la documentación, la solicitud de anulación del régimen pensional y la repuesta brindada a esta solicitud.

Negó no haber suministrado información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto del RAIS y las consecuencias del traslado de régimen, que le asistiera la obligación de realizar proyecciones pensionales y escenarios comparativos entre regímenes a la fecha de traslado, así como también no haber informado del derecho de retracto y la imposibilidad de convalidar los cálculos actuariales presentados en la demanda.

Aclaró, que la afiliación al RAIS se realizó de forma libre y espontánea, precedida de información suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios y características del traslado de régimen, que la asesoría suministrada fue verbal. Asimismo, indicó que, con la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social no existía una disposición que indicara la naturaleza de la información que se debía suministrar; que si bien la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia refiere que el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, establecía esta obligación, aclaró que, la norma en comento se refiere a las entidades fiduciarias y de crédito porque los productos que ofrecían no estaban completamente regulados y la información que se brinda es la única forma que tiene el consumidor de enterarse de las características del producto, lo que no ocurre con los fondos de pensiones porque todo el sistema está regulado en la Ley 100 de 1993 y el consumidor de estas entidades tiene múltiples mecanismos en sus manos para informarse.

Adujo, que al momento del traslado a la demandante le faltaban 18 años para consolidar el derecho, por lo que era imposible realizar algún tipo de proyección pensional; que no se encontraba obligada a realizar escenarios comparativos y proyecciones pensionales entre regímenes pensionales, que le informó sobre el derecho de retracto pues estaba impreso en el formulario de vinculación que suscribió, que si remitió a la demandante la información que reposa en el archivo. Frente a los demás hechos, manifestó que no eran ciertos o no le constaban. En su defensa, propuso como excepciones de mérito *«prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe»* (expediente digital, archivo 01).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 7 de julio de 2021 (expediente digital, archivo 08), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del traslado realizado el día 17 de octubre de 2001, por la demandante, CLAUDIA BORRERO CABRERA; del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, efectuado a través de la afiliación a la administradora de fondos de pensiones DAVIVIR S.A., actualmente SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PORVENIR S.A., a reintegrar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES; todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, CLAUDIA BORRERO CABREA, como 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, a recibir todos los valores que reintegre la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A., con motivo de la afiliación de la demandante, CLAUDIA BORRERO CABRERA, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.

Como fundamento de su decisión, indicó que el problema jurídico consistía en determinar si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad es «nulo o ineficaz».

Para el efecto, expuso que las administradoras de fondos de pensiones deben garantizar que la elección del régimen de pensiones esta medida de una decisión informada que le permita al afiliado escoger de manera libre, voluntaria y consciente, conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el régimen pensional al que quiere pertenecer (SL4964-2019).

Indicó, que debido a las implicaciones que trae consigo el traslado de régimen pensional en el derecho fundamental a la pensión, los fondos de pensiones les asisten la obligación de suministrar la información completa y comprensible a la medida de la asimetría entre el administrador experto y el afiliado lego, tanto en la antesala de la afiliación como durante el proceso de traslado, por ende, les corresponde demostrar que no hubo asimetría de la información y proveer a los jueces de los medios suficientes que le permitan concluir que al momento del traslado el afiliado contaba con todos los elementos de juicio para realizar el traslado de manera libre y voluntaria (SL12136-2014 reiterada en la SL1688-2019).

Manifestó, que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria con la simple firma en el formulario de vinculación y que el nacimiento de la obligación de dar información completa nace con el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Manifestó, que el formulario de afiliación fue la única prueba documental aportada por el fondo de pensiones conducente a verificar la información suministrada, sin embargo, de ella solo se extrae información de índole general, personal y laboral, por lo que no se acredita el cumplimiento del deber de información en los términos señalados, además, tampoco presenta prueba de haber cumplido con la obligación de entregar al afiliado al momento de la vinculación el texto del reglamento y funcionamiento de la entidad y el plan de pensión, conforme al inciso 5 y 6 del Decreto 656 de 1993.

Añadió, que el fondo de pensiones omitió suministrar información suficiente para que la demandante tomara una decisión de traslado de régimen de manera consciente respecto de las consecuencias jurídicas que implicaría, además, indicó que, *«no se demostró que su actuar hubiese sido diligente como merece la gestión de los fondos, resultando engañoso y desprovisto de buena fe el adelantar una tarea de tan pronunciada responsabilidad en las condiciones precarias verificadas en el acervo probatorio»*.

Sostuvo, que existe un vicio en el consentimiento por error de hecho, porque el fondo de pensiones enseñó de manera *«distorsionada las calidades del producto que ofrecía»* por lo anterior, declaró la nulidad de la afiliación por falta de información y por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto. Finalmente, con respecto a la prescripción, señaló que el asunto no se rige por el término previsto para la nulidad del acto jurídico, pues al tratarse de un derecho fundamental su carácter es irrenunciable e imprescriptible (SL1688-2019).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES solicita que sea revocada la sentencia de instancia. En sustento de la alzada, manifiesta que la demandante tenía posibilidad de trasladarse de régimen pensional; que no se puede alegar la nulidad ya que es un error de derecho que no vicia el consentimiento; que tampoco opera la ineficacia del traslado porque este se realizó de manera libre y voluntaria de acuerdo a los parámetros exigidos al momento del traslado.

Señaló, que la Superintendencia Financiera por medio de la circular externa N° 019 de 1998 indicó que el diligenciamiento del formulario de vinculación hacía efectivo el traslado de régimen pensional y era el único requisito que se exigía en

ese momento, que declarar el traslado de régimen pensional podría generar un detrimento patrimonial y pone en riesgo la sostenibilidad financiera, debido a que se estaría reconociendo una prestación económica a una persona que no ayudó a financiar las pensiones del RPM, además que, la única razón para solicitar el retorno a Colpensiones es la diferencia en la mesada pensional.

PORVENIR S.A. solicita sea revocada la sentencia de instancia. En sustento de la alzada, manifiesta que en el proceso no se encuentran los requisitos para declarar la ineficacia porque no se acredita una lesión injustificada en el derecho pensional y no es dable entender que esta se genera por la diferencia en el monto de la mesada pensional, porque el sistema de seguridad social no tiene como finalidad preservar el equilibrio cuota – prestación, sino la atención a las contingencias.

En subsidio, indica que no es procedente restituir las sumas correspondientes a los seguros previsionales debido a que durante la vigencia de la póliza se cubrió las contingencias de la afiliada y sus beneficiarios y en el RPM esta suma de dinero no cumple ningún objetivo, pues no tiene la obligación de contratar seguros previsionales, y refirió que en esos mismos términos lo dijo la Superintendencia Financiera en concepto del 15 de enero de 2020.

V. CONSIDERACIONES

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

En el presente asunto no es materia de discusión: i) que la demandante se afilió al ISS el 1° de septiembre de 1977 (expediente digital, archivo 01.4); y ii) que solicitó la vinculación a Porvenir S.A. el **17 de octubre de 2001** (expediente digital, archivo 01, pdf 105).

Conforme a los antecedentes, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A. es ineficaz por falta de información y, si como consecuencia de lo anterior, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados, gastos de administración,

rendimientos, primas previsionales y la suma destinada al fondo de garantía de pensión mínima.

DEBER DE INFORMACIÓN

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterada y pacífica jurisprudencia ha considerado que, desde la implementación del sistema de seguridad social en pensiones, que creó a las administradoras privadas de pensiones, se estableció la obligación de informar al momento de traslado en forma clara, precisa y oportuna, las características de los regímenes pensionales, para garantizar que los afiliados al sistema puedan tomar decisiones debidamente informadas, con fundamento en el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Lo anterior, debido a que estas entidades cuentan con responsabilidades sociales y profesionales intrínsecas a su labor, que las obligan, desde su misma creación, a acompañar al afiliado y suministrarle información clara, veraz, prudente, comprensible y efectiva sobre las consecuencias de la elección de un determinado régimen pensional, teniendo en cuenta sus condiciones particulares y la historia laboral (CSJ SL 5280-2021).

De modo que, el acto de traslado debe ir precedido de una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional cumplimiento que 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 este sentido, se ha indicado que no hay una manifestación libre y voluntaria cuando el afiliado desconoce la incidencia que tiene el traslado en sus derechos prestacionales, de ahí que, no pueda estimarse satisfecho este requisito con la simple expresión genérica que se plasman en los formularios de afiliación.

Asimismo, no desconoce esta Sala de Decisión que el deber de información con el pasar del tiempo se ha intensificado y con ello las obligaciones a cargo de las administradoras de pensiones, de ahí que, del deber de información necesaria (1993-2009) se pasó 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 (CSJ SL4062-2021).

CARGA PROBATORIA

Tal como lo ha fijado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quienes tienen la obligación de acreditar el cumplimiento del deber de información son los fondos de pensiones, pues tienen la posición más favorable, ya que la documentación soporte del traslado debe conservarse en sus archivos.

Adicionalmente, al centrarse el debate en que los fondos de pensiones no suministraron la información pertinente, no se le puede exigir al afiliado una prueba sobre esta manifestación, pues corresponde a un supuesto de hecho negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que si cumplió con esta obligación (SL1957-2022).

TRASLADO SIN CONDICIONES ESPECIALES

Es imperioso reiterar que, el deber de información a cargo del fondo de pensiones, para la época del traslado, se circunscribe a suministrar información suficiente y transparente que permitiera al afiliado vincularse al régimen que más le favoreciera, de modo que, es indiferente para esta Sala de Decisión y así lo ha manifestado la Sala de Casación Laboral en su jurisprudencia, que el afiliado deba ser beneficiario del régimen de transición o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia como incumplimiento de este deber y menos si el traslado genera algún tipo de perjuicio, pues se itera, *«la violación al deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (SL1452-2019).

CASO CONCRETO

Sea lo primero precisar, que tal como se desprende de los medios de convicción del proceso, la solicitud de vinculación ante el fondo de pensiones Porvenir S.A. se realizó el **17 de octubre de 2001**, cuando el deber de información se encontraba en la primera etapa, según la cual, debe entregar información suficiente y transparente que le permita al afiliado elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajuste a sus intereses.

De ahí que, Porvenir S.A. tenía el deber inexcusable de brindar a la afiliada información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculada, de modo que, no se le está imponiendo obligaciones no previstas en el ordenamiento jurídico, pues esta obligación viene consignada en el numeral 1. ° del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Por otra parte, a pesar de que se firmó el formulario de afiliación bajo un texto pre-impreso «*voluntad afiliado*», no por este hecho se puede concluir que el acto de traslado estuvo mediando por la voluntad de la demandante, pues, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que este tipo de aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, dado que a lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado (CSJ SL1949-2022 que reitera CSJ SL19447-2017).

Igualmente, debe hacerse claridad que a pesar de que la recurrente señala que no se puede declarar la ineficacia porque no se acreditó la existencia de una lesión injustificada al derecho pensional, pues se itera, que el aspecto que se analiza es el cumplimiento del deber de información al momento del traslado, para garantizar que este estuvo mediado de un consentimiento informado, resulta inocuo el argumento del apelante en ese sentido.

Bajo el anterior contexto, a pesar de que los fondos de pensiones tenían la obligación legal de probar el cumplimiento del deber de información, no lograron probarlo, por el contrario, resulta claro para esta Sala de Decisión que las administradoras de pensiones incumplieron con el deber de brindar información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba retirarse del RPM al que se encontraba afiliada.

Ahora bien, aun cuando el juez de primer nivel, declaró la «*nulidad*» del traslado, debe señalarse que como en reiteradas oportunidades se ha sostenido por el Órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, lo que procede en este tipo de asuntos 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 al RAIS; así se dijo en expuso en la sentencia CSJ SL2877-2020, reiterada entre otras en las providencias CSJ SL5252-2021 y CSJ SL755-2022, en donde se sostuvo:

(...) 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.

Conforme a lo anterior, debe modificarse la sentencia del juzgado, en este puntal aspecto.

La declaración de ineficacia trae como consecuencia suponer que el acto jurídico de traslado 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, es decir, con efectos *ex tunc* (desde siempre).

Bajo este horizonte, resulta totalmente válido que se disponga que los fondos de pensiones privados trasladen a Colpensiones, no sólo el dinero existente en la cuenta de ahorro individual que incluye los rendimientos, sino lo correspondiente a los bonos pensionales, las primas de seguros previsionales, lo destinado al fondo

de garantía de pensión mínima, las comisiones y los gastos de administración, conceptos que debe ir debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, así lo ha respaldado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1467-2021 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) 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 anterior, se hace necesario modificar el numeral SEGUNDO de la decisión de instancia, para adicionar la devolución de los gastos de administración, comisiones y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, por el tiempo que estuvo vinculada en cada uno de los fondos, rubros que deben ir debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, pues como lo dispone la sentencia estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos se financiará 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 de la demandante implica, la devolución de **manera íntegra** a Colpensiones de todos los dineros aportados por la afiliada al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual.

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala de Decisión 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.

VI. COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas 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,

VII. RESUELVE

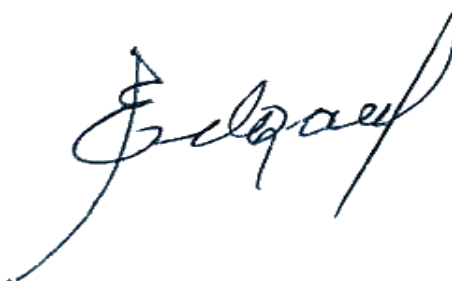
PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la demandante CLAUDIA BORRERO CABRERA del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 17 de octubre de 2001.

SEGUNDO. ADICIONAR al numeral SEGUNDO de la sentencia de instancia, en el sentido de **CONDENAR** a PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones además de lo ya indicado en este numeral, lo correspondiente a las comisiones, gastos de administración y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, además de que, al momento de cumplirse la orden dispuesta en este numeral, esta entidad deberá discriminar todos los conceptos ordenados a trasladar con sus respectivos valores, el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

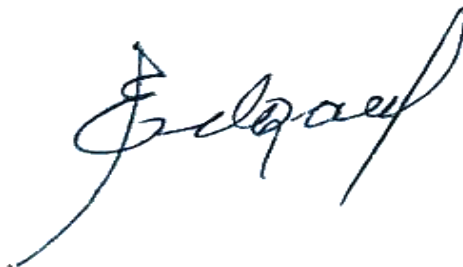


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
(En uso de permiso)

AUTO DEL PONENTE:

Se fija como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones S.A. y Porvenir S.A. en 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 LUIS GUILLERMO RUÍZ SANTISTEBAN CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, Y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre 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 **LUIS GUILLERMO RUIZ SANTISTEBAN**, 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 a través de la AFP Colfondos. En consecuencia, se **condene** a la AFP Colfondos a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradoras, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es, con los rendimientos que se hubiesen causado; se **ordene** a Colpensiones reconocerle y pagarle la pensión de vejez de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, a las costas y agencias en derecho, y se haga uso de las facultades ultra y extra petita.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 26-35 archivo 1 exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 15 de septiembre de 1958; que se afilió al

ISS donde aportó 648 semanas; que en razón a las insistencias de un asesor de Colfondos el 21 de noviembre de 2006, firmó formulario de vinculación con esa AFP, cambiando así de régimen pensional; que el asesor de Colfondos le habló sobre las ventajas del RAIS, entre ellas que podría pensionarse de manera anticipada, que las condiciones para adquirir la pensión eran mucho más beneficiosas, y que el ISS se iba a acabar.

Narró, que la AFP demandada, el 30 de agosto de 2017, emitió una proyección pensional informándole que a los 62 años de edad tendría una densidad pensional del 54.31%; que el 16 de marzo de 2018, solicitó ante Colpensiones la nulidad del traslado, y el 20 de ese mismo mes y año petitionó ante Colfondos el traslado de régimen al RPM; que esta última le contestó indicándole entre otras cosas, que al 31 de marzo de 1994, tan solo tenía 648 semanas en el ISS, por lo que no contaba con régimen de transición.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó (f.º 68-109 archivo 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 se vinculó al ISS y las semanas allí aportadas, y que solicitó la nulidad del traslado del RPM al RAIS; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a otra entidad. Formuló como excepciones de fondo, las de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

La **AFP COLFONDOS S.A.** contestó (f.º 137-152 archivo 1 exp digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, que Colfondos si le dijo que la pensión iba a ser mucho más beneficiosa que en Colpensiones para ese entonces, que si le realizó una proyección pensional, y que si solicitó traslado al RPM; frente a los demás hechos, dijo a unos que no le constaban por corresponder a un tercero, o que no eran ciertos, aclarando, que sus ejecutivos no tenían entre sus funciones hablar de otro régimen; que estos le brindaron a la actora toda la información, pues ellos contaban con el material informativo y comparativo aprobado previamente, sobre las diferencias existentes entre el RPM y el RAIS, adicionalmente llevan consigo

brochoures impresos donde se detallan las condiciones y características propias de cada régimen pensional, material que debe ser entregado a los clientes como soporte a esa actividad comercial. Explicó, que la información entregada no podía tildarse de falsa o engañosa, porque era cierto que el afiliado podía en este régimen obtener una pensión superior a la liquidada en el ISS y a una menor edad, porque ello era perfectamente posible si el afiliado mantenía un nivel constante de aportes y realizaba aportes voluntarios, opciones con las que no cuenta el RPM.

Propuso como excepciones de fondo, las de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, buena fe, compensación y pago, ausencia de vicios del consentimiento, e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 13 de noviembre de 2020 (archivos 10-11 exp. digital), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas Colfondos S.A., y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, por el señor LUIS GUILLERMO RUÍZ SANTISTEBAN. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio, el Despacho se considera relevado del estudio de las excepciones propuestas.

TERCERO: COSTAS. Lo serán a cargo de la demandante. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$500.000, en favor de cada una de las demandadas.

CUARTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR.

Fundamentó su decisión, en que conforme lo señalado en el artículo 112 de la Ley 100 de 1993, las administradoras de fondos de pensiones no podían rechazar la afiliación de las personas que cumplieran con los requisitos para ser afiliados al RAIS, a excepción de las personas que se encontraban excluidas del RAIS según el artículo 61 de la Ley 100 de 1993, esto es, los pensionados por invalidez por el Instituto de Seguros Sociales o por cualquier fondo, caja o entidad del sector público, y las personas que al 1° de abril de 1994, tuvieran 55 años o más de edad, si son hombres, o 50 años o más de edad, si son mujeres, salvo que decidan cotizar por lo menos quinientas (500) semanas en el nuevo régimen, caso en el cual será

obligatorio para el empleador efectuar los aportes correspondientes; advirtió que verificado el formulario de afiliación a la AFP Colfondos diligenciado el 21 de noviembre de 2006, a esa entidad no le era dable rechazar la afiliación porque hubiese incurrido en conductas de selección inversa que le hubiese acarreado sanciones de índole administrativo.

Sostuvo, que según la versión del actor dada en el interrogatorio de parte su intención era abandonar el RPM porque el ISS se encontraba en crisis, con independencia de que se le ofreciera una información o no en los fondos privados, demás que para ese año 2006 de acuerdo con sus condiciones particulares no era inconveniente afiliarse al RAIS.

Afirmó, que conforme el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 13 de la misma norma, el empleador y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedor a las sanciones allí previstas, destacándose que la afiliación quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador; que lo anterior, implicaba que debía analizarse los vicios del consentimiento, esto es, el error, la fuerza y el dolo.

Refirió, que ni en la demanda ni en las pruebas obrantes en el proceso se evidenciaba la presencia al momento de la afiliación al RAIS, de una fuerza, de un error o de dolo por parte de la AFP Colfondos, y que era carga de la prueba del demandante demostrar los mencionados vicios en el consentimiento.

Agregó, que aun en el caso de que el demandante no hubiese recibido información de ninguna naturaleza, su comportamiento, y su proceder a lo largo de su historia laboral era consistente con su compromiso de pertenecer al RAIS desde 2006, y hasta la actualidad, y que acogía íntegramente lo señalado en la sentencia CSJ SL3752-2020, respecto de los actos de relacionamiento y la afiliación tácita, providencia que citó en extenso. En consecuencia, absolvió de las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE**, interpuso recurso de apelación argumentando que los planteamientos del *a quo* eran a todas luces desproporcionados entorno a los

supuestos fácticos y jurídicos expuestos en la demanda, pues la Corte Suprema de Justicia en sede de casación e incluso de tutela ha dejado bastante claro que la ineficacia del traslado de régimen pensional depende del cumplimiento del deber de información al momento del traslado, por lo que no podía mirarse desde el régimen de las nulidades, resultando equivocado en casos como este, verificar los vicios del consentimiento.

Sostuvo, que la carga de la prueba recaía sobre la AFP, pues eran estas quienes estaban en la obligación de probar en juicio cual fue la información que le entregó al afiliado, lo cual brillaba por su ausencia en este asunto, por lo que se había equivocado el a quo al no verificar el cumplimiento de dicho deber y la ausencia de pruebas en ese sentido.

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 AFP Colfondos 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 GUILLERMO RUIZ SANTISTEBAN se afilió al ISS donde aportó desde el 11 de febrero de 1977, hasta el 30 de abril de 1994, un total de 695,71 semanas (f.º 110-114 archivo 1 exp digital); y *ii)* que el **21 de noviembre de 2006**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Colfondos (f.º 153 exp. Digital), el cual se hizo efectivo a partir del 1º de enero de 2007 (f.º 154-155 exp. Digital), y se encuentra actualmente.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala, cuatro aspectos: el primero, que la teoría de los actos de relacionamiento que implican ratificación del afiliado de permanecer en el RAIS que acogió el a quo, la cual fundamentó en una sentencia de la Sala 4ª Laboral de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia, **no es admisible** porque va en contravía de la jurisprudencia emitida por la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se ha determinado que la validez del traslado de régimen pensional se examina al momento del traslado del RPM al RAIS; por ende, debe evaluarse qué información le fue entregada al potencial afiliado para tomar esa decisión, justo en ese preciso momento o previo a

este. Sobre las decisiones tomadas por esa Sala de Descongestión, en sentencia CSJ SL1055-2022, se indicó:

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.

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.

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.

El segundo, 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 únicamente 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, tal como lo exigió el *a quo*, 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 tercero, 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 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 cuarto, 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 –21 de noviembre de 2006, 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 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 afiliación de la AFP Colfondos suscrito el 21 de noviembre de 2006, 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 esa 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 no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

En cuanto al interrogatorio de parte rendido por el actor, advierte la Sala que una vez escuchado el audio en su integridad se encontró que el señor Ruiz Santisteban señaló, que cuando se trasladó a la AFP Colfondos (21/11/2006), se escuchaban los rumores de que el ISS se iba a acabar; que estaba en problemas y lo iban a liquidar; que eran los fondos privados los que iban a asumir todo el tema pensional, entonces que por salvar las semanas cotizadas él llamó a Colfondos y allí le asignaron una asesora, con la que se encontró en Plaza de las Américas por espacio de 15 minutos, quien le informó acerca de algunas características del RAIS, le llevó un formulario y él lo firmó; que en ese momento tenía 2 hijas que dependían

económicamente de él; que él sabía que necesitaba para pensionarse en el RPM de 1.300 semanas y 62 años de edad. Las demás preguntas y respuestas se realizaron sobre asuntos posteriores a la data del traslado.

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 accionante hubiese señalado que en el RPM necesitaba 62 años de edad y 1.300 semanas, NO implica que hubiese confesado que esa asesora **en noviembre de 2006**, 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 Colfondos S.A. debía probar en este proceso y no lo hizo.

De otro lado, no podría sostenerse que al haber permanecido el actor en el mismo fondo de 2006, era porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demostraba 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***

antecedan al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.
(Negrillas fuera del texto original).

Entonces, al no haber constancia de que Colfondos 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**, máxime que como se explicó desde un principio, el hecho de que la actor hubiese indicado en uno de los hechos de su demanda que el monto de su pensión en el RAIS sería 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 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.

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, 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 el demandante **LUIS GUILLERMO RUIZ SANTISTEBAN** el 21 de noviembre de 2006 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 demandada 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 enero de 2007, 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 el 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).

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.

PENSIÓN DE VEJEZ

Pretende el demandante se reconozca su pensión de vejez en aplicación del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9º de la Ley 797 de 2003, por lo que resulta pertinente citar la mencionada norma en su tenor literal:

ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. <Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

(...)

Al verificar los requisitos exigidos se tiene que el señor **LUIS GUILLERMO RUÍZ SANTISTEBAN**, nació el 15 de septiembre de 1958, concluyendo que llegó a los 62 años de edad esa misma calenda del año 2020, data ultima para la cual debía acreditar 1.300 semanas para acceder a su derecho pensional, encontrando el despacho que conforme la historia laboral expedida por Colpensiones el 16 de

noviembre de 2018 (f.º 110 archivo 1 exp digital), y la expedida por la AFP Colfondos el 12 de octubre de 2017 (f.º 21-25), este contaba con 1.187,71 semanas acumuladas, siendo su último aporte el 30 de junio de 2017, así:

ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES	Periodo		SEMANAS
	Desde	Hasta	
Colpensiones	11/02/1977	30/04/1994	695,71
Colfondos	01/02/2008	30/06/2017	492
TOTAL SEMANAS			1.187,71

En consecuencia, si bien el demandante acredita la edad de pensión al 15 de septiembre de 2020, lo cierto es que a esa misma calenda no demostró tener las 1.300 semanas requeridas, debiendo esta Colegiatura absolver de esta pretensión, advirtiéndole desde ya que en el momento en que el actor reúna las semanas exigidas en las normas arriba citadas, puede solicitar el reconocimiento de esa prestación a Colpensiones.

Así las cosas y sin más consideraciones, se 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 el 21 de noviembre de 2006 del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

COSTAS

Las de ambas instancias a cargo de las demandadas COLPENSIONES, y AFP Colfondos, como quiera que el recurso de apelación salió adelante 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 Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, el 13 de noviembre de 2020, para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor **LUIS GUILLERMO RUIZ SANTISTEBAN** al régimen de ahorro individual el 21 de noviembre de 2006, por intermedio de **COLFONDOS S.A. 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 **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR 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 enero de 2007, 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 el 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 del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

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

SEXTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de **COLPENSIONES**, y **AFP COLFONDOS**.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



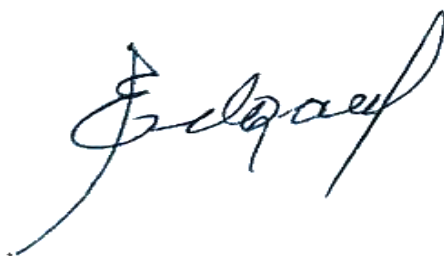
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

(En uso de permiso)

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES**, y **AFP COLFONDOS 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 MYRIAM GODOY MURILLO
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE
PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre 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 **MYRIAM GODOY MURILLO**, 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 a través de la AFP Porvenir S.A. por incumplimiento al deber de información. En consecuencia, se retrotraigan todas las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones tenerla como afiliada en el RPM, como si nunca se hubiese trasladado al RAIS; se **condene** a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho y se haga uso de las facultades ultra y extra petita.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 56-62 archivo 1 exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 21 de febrero de 1962; que se trasladó del ISS a la AFP Porvenir el 19 de junio de 2003; que el asesor comercial no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de los dos regímenes pensionales; que en especial no le hizo un estudio particular de su

caso, que solo la ilustró sobre los beneficios que le generaría cambiarse de régimen pensional, los cuales eran muy superiores a los que tendría en el RPM; que la AFP Porvenir le realizó una simulación pensional informándole que a sus 57 años de edad la mesada pensional sería de \$781.242, mientras que en Colpensiones ascendería a \$4.197.471; que el 3 de agosto de 2018, solicitó ante Colpensiones la Nulidad del traslado de régimen pensional, pero que esa entidad ese mismo día le negó la petición.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó (f.º 129-144 archivo 1 exp. Digital), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante; que si recibió una solicitud de nulidad del traslado de régimen, la cual negó conforme el oficio 2018_9356728-16116012; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a otra entidad. Formuló como excepciones de fondo, las de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (f.º 81-91 archivo 1 exp. Digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora, y el traslado del RPM al RAIS mediante la afiliación con la AFP Porvenir el 19 de junio de 2003; frente a los demás, indicó a unos que no le constaban por corresponder a un tercero, o que no eran ciertos; aclaró, que el formulario de afiliación se encontraba ajustado al artículo 11 del Decreto 692 de 1994, razón por la que el traslado había sido válido; que a la demandante se le había brindado la información necesaria al momento del traslado, por lo que las manifestaciones de ella eran apreciaciones subjetivas, y que se atenían a lo que se probara en el proceso.

Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, compensación, e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 22 de octubre de 2020 (archivo 6-7 exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

SEGUNDO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la señora MYRIAM GODOY MURILLO, de condiciones civiles conocidas en autos, con A.F.P. PORVENIR S.A., en el año 2003, retornando en consecuencia, al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, ello de conformidad con las motivaciones que anteceden.

TERCERO: CONDENAR a la A.F.P. PORVENIR S.A. a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual de la señora MYRIAM GODOY MURILLO, de condiciones civiles conocidas en el plenario, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, si los hubiere y estuvieren constituidos, y los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, con cargo al patrimonio propio de la A.F.P. PORVENIR S.A. este último rubro y por todo el tiempo que permaneció afiliado la promotora de la acción con el RAIS.

CUARTO: DISPONER que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES reciba la afiliación al régimen de prima media con prestación definida de la señora MYRIAM GODOY MURILLO, la totalidad del saldo contenido en su cuenta de ahorro individual, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales y los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a A.F.P. PORVENIR S.A., por haber sido vencida en juicio, fijando como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente al momento del pago, a favor de la demandante y a cargo de dicha entidad.

SEXTO: ABSOLVER a COLPENSIONES de la condena en costas, de conformidad con lo expuesto en las motivaciones que anteceden.

SÉPTIMO: DISPONER, en caso de no ser apelada la presente sentencia, la remisión del presente en consulta, ante el Superior Jerárquico en los términos del 69 de CPT y la S.S., al haberse impuesto condena en contra de COLPENSIONES.

Fundamentó su decisión, en que estaba probado que la actora había aportado al ISS desde el 4 de abril de 1983 y hasta el 31 de junio de 2003, cotizando 776,57 semanas y, que se trasladó a Porvenir S.A., el día 19 de junio de 2003.

Empezó señalando que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, disponía que la afiliación a cualquiera de los regímenes pensionales, esto es, RPM o RAIS debía ser libre y voluntaria, circunstancia que también quedó plasmada en el artículo 11 del Decreto 662 de 1994; que en el artículo 271 de la citada ley de seguridad social, estipuló como sanción a la violación de ese deber de escogencia que la afiliación respectiva quedaría sin efectos.

Señaló, que para configurar la libertad de escogencia se debía entregar el conocimiento necesario por parte de la AFP al afiliado acerca de las condiciones del sistema, lo cual se conseguía a través de informarlo de manera suficiente y transparente de forma que él pudiera elegir entre las distintas opciones del mercado aquella que mejor se ajustara a sus intereses, pues una persona informada tomaría una decisión razonada, mientras que quien no tiene ese conocimiento se obligaría sin tener conciencia de las características y las consecuencias jurídicas del contrato que está celebrando, descubriendo *a posteriori* cual era el régimen que en verdad mejor le convenía.

Expuso, que ante esa carencia la jurisprudencia se había preocupado por recalcar que la obligación de información y cuidado está en cabeza de las AFP, porque conforme el artículo 1604 del CC, la prueba de la diligencia incumbía a quien ha debido emplearla, e indicó que ese deber de información se concretaba en entregarle al potencial afiliado al momento del traslado 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 perjudicaba.

Explicó, que la AFP debía acreditar que la asesoría brindada al momento del traslado le permitía al afiliado poder discernir las condiciones de ambos sistemas, para poder tomar una mejor decisión, lo que implicaba la comprensión a plenitud de las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo, y parcializar lo neutro.

Señaló, que conforme lo declarado por la demandante y por la representante legal de Porvenir era fácil concluir que no se había cumplido con el deber de información en los términos en que se exigía, pues la actora indicó que el formulario pro forma no fue diligenciado por ella, pues solamente se dedicó a firmarlo ni siquiera lo leyó porque creyó en lo que le estaban ofreciendo; además, que al revisarlo se observa que no contenía la información necesaria para que una persona lograra entender que el traslado del RMP al RAIS le generaría una pérdida de bondades del régimen anterior.

Sostuvo, que la representante legal de Porvenir había confesado que no existía prueba documental a parte del formulario proforma que demostrara la información entregada a la demandante como proyecciones pensionales, las bondades de los dos regímenes pensionales, por lo que el despacho solo tenía el dicho de la actora y la ausencia de pruebas por parte de la AFP, con fundamento

en los cual concluyó, que era evidente que Porvenir al momento del traslado no cumplió con el deber de entregar la información debida a la promotora del litigio, por lo que el declararías ineficaz el traslado realizado el 19 de junio de 2003.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación advirtiendo que no se evidencia error, fuerza o dolo por falta al deber de información en la vinculación de la demandante al RAIS, dado que a ella se le dio la información necesaria conforme a la asesoría de la época; además, que ella no había cumplido con su carga de actualizar los datos en Porvenir para que la información que echa de menos le fuera enviada a su domicilio, como por ejemplo la que tiene que ver con la posibilidad de trasladarse de régimen pensional antes de cumplir 47 años de edad.

Consideró, que no existen ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, pues lo que cada uno tiene son características propias que en determinados eventos pueden ser más favorables para ciertos afiliados, dependiendo de cada caso en concreto; que la actora se encontraba inmersa en la prohibición legal para trasladarse de régimen, porque le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez y no había participado con sus aportes del fondo común.

La **AFP PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación argumentando que no puede darse por demostrado de manera automática que la demandante no fue asesorada porque no existen documentos adicionales al formulario de afiliación, pues realmente ello era así, dado que para esa época solo se exigía el diligenciamiento del mismo y la asesoría se realizaba de forma verbal, lo que no implicaba que no se le hubiese dado la información necesaria.

Sostuvo, que en este asunto no era aplicable la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, porque la situación fáctica de ambos casos es completamente disímil, pues el demandante en aquella oportunidad era una persona que se encontraba a 6 meses de obtener el derecho pensional del RPM y se trasladó al RAIS; que en ese proceso se probó que a él se le dieron documentales donde le prometieron una mejor pensión, pero en el caso de la actora no hay prueba alguna que evidencia que Porvenir le hubiese prometido una mayor pensión, pues no hay documental que demuestre que ello es así, circunstancia que debía probar la activa y no la pasiva.

Expuso, que el *a quo* había pasado por alto que la actora se encontraba afiliada actualmente a Porvenir; que a lo largo de esa vinculación había estado protegida por los riesgos de invalidez y muerte, hecho que no se podía desvirtuar; y el despacho no había explicado porque ordenó devolver los gastos de administración, cuando esto no era viable por principio de consonancia.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la AFP Porvenir y Colpensiones, y en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última 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 con solidaridad que hizo la 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 la demandante en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión: *i)* que la señora MYRIAM GODOY MURILLO nació el 21 de febrero de 1962 (f.º 4 archivo 1 exp. digital); *ii)* que se afilió al ISS donde aportó desde el 4 de abril de 1983, hasta el 30 de junio de 1999, 776,57 semanas (f.º 145-153 archivo 1 exp. digital); y *iii)* que el **19 de junio de 2003** se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir S.A. (f.º 6 y 92 archivo 1 exp. digital), el cual se hizo efectivo a partir del 1º de agosto de 2003, AFP en la que se encuentra actualmente (f.º 93 archivo 1 exp. digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

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 – **19 de junio de 2003**-, 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 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 19 de junio de 2003, 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).

Ahora, no podría sostenerse que el no retorno al RPM era porque conocía a cabalidad las características del RAIS y que ello demostraba 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 la actora plantea en uno de los hechos de la demandada que su mesada pensional en el RAIS es inferior la que hubiese obtenido en el RPM, 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 sin que esto afecte el principio de consonancia, porque esta es la consecuencia jurídica de declarar ineficaz el traslado, 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, 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 condenar a la AFP Porvenir S.A., a pagar con su propio patrimonio, 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, 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).

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandada Colpensiones y 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,

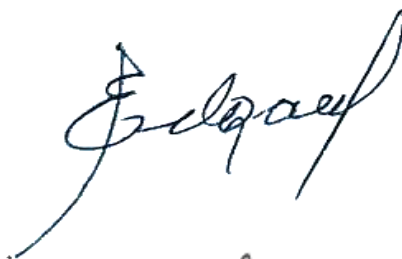
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a pagar con su propio patrimonio y trasladar a Colpensiones, 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. 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.

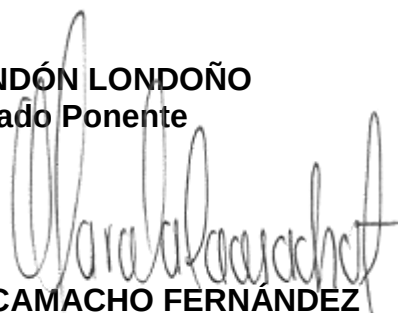
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

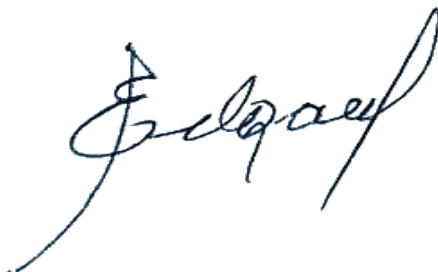


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
(En uso de permiso)

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 cada una.

A handwritten signature in black 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 CARLOS ARTURO MESA MUÑOZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, Y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre 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 **CARLOS ARTURO MESA MUÑOZ** se declare la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a través de Colfondos Pensiones y Cesantías, toda vez que en la etapa precontractual no cumplió con el deber de información. En consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se le tenga como afiliado al RPM administrado por Colpensiones, como si nunca se hubiera trasladado al RAIS en virtud del regreso automático; se **condene** en costas y agencias en derecho, y se haga uso de las facultades ultra y extra petita.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 01 exp digital), señaló en síntesis, que se trasladó del RPM al RAIS a través de Colfondos a finales del año 1994; que el RAIS nació con la Ley 100 de 1993, la cual entró en vigor a partir del 1° de abril de 1994 y, por ende, desde esa data debía contarse el término establecido en el literal e) del artículo 13 de la citada ley 100, para realizar el traslado de régimen pensional, esto era 3 años.

Expuso, que la AFP Colfondos tenía la carga de demostrar que cumplió con el deber de informarlo de manera veraz, pertinente, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, así como de los beneficios y consecuencias de este; que nació el 5 de julio de 1956, cumpliendo 62 años de edad en esa misma calenda del año 2018. Sostuvo, que Colfondos le realizó una simulación pensional dentro del plan de vida bajo la modalidad de retiro programado cotizando el 100% del tiempo, arrojando como valor de la mesada pensional para el año 2019, de \$1.890.000 mientras que en Colpensiones equivaldría a \$2.923.338; que cuenta con 1.979 semanas cotizadas al sistema general de pensiones; y que agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 07 exp digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, y la reclamación administrativa; frente a los demás, señaló que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones de fondo, 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 o genérica.

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS, contestó (archivo 09 exp digital), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el actor se afilió a esa entidad el 15 de septiembre de 1994, con efectividad a partir del 1° de octubre de 1994, la edad del actor, y que realizó una simulación pensional; frente a los demás, indicó que no le constaban o que no eran ciertos. Aclaró, que agotó todos los requisitos legales y exigibles por la ley para brindar al afiliado toda la información de manera eficaz, oportuna y clara, dándole siempre la posibilidad de comunicarse con la entidad de la manera más sencilla como lo son sus canales electrónicos; que también de manera mensual le enviaba extractos de su cuenta individual de pensión y daba contestación a sus inquietudes y requerimientos; que la afiliación fue totalmente válida, en razón a la voluntad del actor al momento de suscribir el formulario de vinculación a esa AFP.

Propuso como excepciones de mérito las de buena fe, compensación y pago, e innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 16 de septiembre de 2021 (Carpeta 16 exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo el señor CARLOS ARTURO MESA MUÑOZ del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS con efectividad a partir del 01 de octubre de 1994 es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto, se debe entender que la actora jamás se separó del régimen de prima media.

SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS a que transfiera al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración (éstas últimas debidamente indexadas), durante el tiempo que se encontraba afiliado el demandante, y sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de la pensión mínima, con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros a los cuales se ha hecho referencia en los numerales segundo y que reactive la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida y sin solución de continuidad.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

QUINTO: INFORMAR a COLPENSIONES que puede iniciar las actuaciones civiles en contra de COLFONDOS para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz.

SEXTO: Condenar a COLFONDOS al pago de las costas dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$1.890.000.

SÉPTIMO: ORDENAR la consulta de la presente sentencia, por resultar adversa a COLPENSIONES.

Fundamentó su decisión, en que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecía que la selección de uno cualquiera de los regímenes pensionales era libre y voluntaria por parte del afiliado, so pena de incurrir en las sanciones del artículo 271 de la misma ley, la cual puntualmente era dejar sin efecto la respectiva afiliación.

Sostuvo, que la decisión libre y voluntaria, no se trataba simplemente de plasmar la firma en un formulario de afiliación, sino que iba más allá, pues antes de firmar la AFP debió entregarle la información suficiente y transparente a ese afiliado, esto es, que sea objetiva (neutra), comparada entre los dos regímenes pensionales, y comprensible en el entendido que el potencial afiliado es un lego en materia pensional.

Expuso, que la carga de la prueba en estos casos le correspondía a la AFP conforme el artículo 1604 del CC, por cuanto la demostración de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, es decir, a quien ofrece el servicio, pues este es el experto en la materia y de acuerdo con el artículo 167 del CGP, que estipula que las negaciones indefinidas no requieren prueba, correspondiéndole probar el hecho positivo a la parte contraria.

Advirtió, que con independencia de que el demandante fuese o no beneficiario del régimen de transición o tuviese o no una expectativa legítima, para la validez del traslado lo único que se debía verificar es que, este sea libre y voluntario; que Colfondos no cumplió con la carga de demostrar que antes de la firma del formulario de afiliación en septiembre de 1994, hubiese entregado esa información suficiente y transparente, pues la simple suscripción de una preforma no demostraba que hubiese habido una libertad informada; y del interrogatorio de parte no se logró una confesión en ese sentido, porque el demandante manifestó que la promotora de Colfondos solo le había dicho que podía pensionarse mejor y a más temprana edad, omitiendo explicarle como lograría eso y las demás particularidades del RAIS y hacer un comparativo respecto del RPM.

RECURSO DE APELACIÓN

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS, interpuso recurso de apelación de forma parcial en lo que tiene que ver con los gastos de administración y su indexación, 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»*; que esos dineros ya no se encontraban en su poder, por lo que la estarían obligando actuar en detrimento propio, para poder devolver esos dineros.

Sostuvo, que el actor durante su vinculación a esa AFP ha gozado de unas coberturas por los riesgos de invalidez y muerte; que esos dineros no son parte integral de la pensión de vejez, sino que fueron entregados a terceros de buena fe, como las aseguradoras; que gracias a esas cuotas de administración Colfondos pudo realizar movimientos de los aportes del actor para generar en su beneficio unos rendimientos financieros los cuales aumentaron el capital de la cuenta de ahorro individual del afiliado, dinero que es bastante superior al que podría rentar en el RPM; que devolverlos generaría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones porque ella no realizó trabajo alguno para generarlos.

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando, que si bien es cierto que la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral tiene un criterio jurisprudencial respecto de la ineficacia del traslado, también lo es que cada caso debe analizarse de forma particular, pues en este caso el actor tenía el deber de ilustrarse respecto del cambio de régimen pensional, pues su capacidad para celebrar actos y contratos no se encuentra disminuida, por lo que fue negligente frente a este aspecto; que el señor Mesa no hizo uso de los mecanismos que tenía para regresar al RPM, tales como el derecho de retracto o la rescisión.

Hizo mención al principio de la sostenibilidad financiera, y a que el interés general debe primar sobre el particular, pues considera que la declaratoria de ineficacia del traslado afecta el patrimonio público porque esa entidad tendría que pagar una pensión de alguien que realizó su propio ahorro el cual no es suficiente para ello, además que no ayudó a construir el derecho pensional de los demás afiliados al RPM

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colfondos y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor 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 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 los siguientes supuestos fácticos: i) que el señor CARLOS ARTURO MESA MUÑOZ se afilió al ISS donde aportó desde el 1° de enero de 1982, hasta el 1° de julio de 1985, 182,57 (carpeta 7 exp. Digital); ii) que aportó a la Caja Nacional de Previsión Social hasta el 30 de septiembre de 1994 un total de 501,14 semanas (carpeta 9 exp. Digital); y iii) el **15 de septiembre de 1994**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de

vinculación con Colfondos (carpeta 9 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, 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 septiembre 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.

Conforme lo anterior, la AFP Colfondos 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 Colfondos suscrito el 15 de septiembre 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 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 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, porque le realizaron una reasesoría, o porque no retorno al RPM, 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 afiliado no haber retornado al RMP, 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:

*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).*

[...]

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**, 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 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,

entre muchas otras); como en este caso, ello fue ordenado por el juez de primer nivel, se **confirmará** la decisión de primer grado.

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 Colfondos y Colpensiones, como quiera que sus recursos de alzada no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

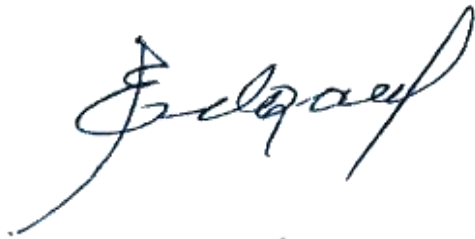
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colfondos y Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



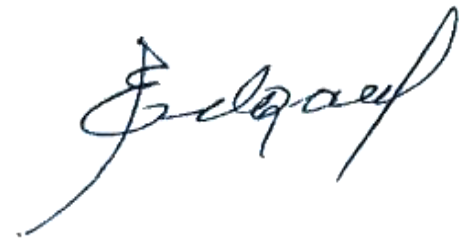
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

(En uso de permiso)

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la Colfondos 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 SUSANA MONTERO BUITRAGO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, Y LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre 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 **SUSANA MONTERO BUITRAGO**, se **declare** la ineficacia o de forma subsidiaria la nulidad de su traslado del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) efectuada a través de la AFP Porvenir en junio de 2005. En consecuencia, se **ordene** a Porvenir trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentran depositados en su cuenta de ahorro individual; se **ordene** a Colpensiones tenerla como válidamente afiliada al RPM; y se **condene** a las demandadas a las costas procesales.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 1 exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 4 de julio de 1963; que se afilió al ISS el 27 de julio de 1991; que se trasladó al RAIS en junio de 2005, mediante la firma de un formulario de afiliación con Porvenir S.A., porque los asesores de esa entidad visitaron las instalaciones de su empleador -Inversiones Pollo Supremo E.U.- para obtener nuevas afiliaciones, que no fue asesorada de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta sobre las diferencias entre cada uno de los regímenes pensionales, las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los beneficios,

desventajas o inconvenientes de este régimen y en general las implicaciones sobre sus derechos pensionales, los cuales debía tener en cuenta para tomar la decisión de cambiarse de régimen pensional.

Narró, que al momento de presentar la demanda acreditaba 1.258 semanas y se encontraba cotizando al sistema general de pensiones; que de conformidad con la simulación pensional realizada por Porvenir para el año 2019, en el RPM obtendría una mesada pensional de \$4.515.225 mientras que en el RAIS sería de \$1.164.964; que en febrero de 2020, radicó ante Colpensiones y Porvenir derecho de petición solicitando la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, pero que ambas entidades negaron lo pretendido.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 10 exp. Digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, su afiliación al ISS, y la reclamación administrativa; frente a los demás, señaló que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe e imposibilidad de condena en costas.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (archivo 13 exp. Digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos manifestó que no le constaban por corresponder a otra entidad, o que no eran ciertos. Aclaró, que brindó información clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la ley 100 de 1993, en la que se expresó el funcionamiento, características y requisitos del régimen de ahorro individual con solidaridad, que también le explicó las implicaciones de su traslado y los requisitos para pensionarse en el RAIS de conformidad con lo establecido en el artículo 64 de la misma ley, por lo que la decisión de suscribir el formulario de afiliación con esa entidad, había sido producto de una decisión libre, espontánea e informada de conformidad con el literal e) del artículo 13 de la ley de 1993, documento que se presume auténtico en los términos del artículo 114 de la ley 100 de 1993, los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el párrafo 54 del CPTSS.

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

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 23 de agosto de 2021 (archivo 19 y 21 exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del régimen pensional que hiciera la señora SUSANA MONTERO BUITRAGO identificada con C.C. n.º 51.690.920, ante la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., el día 23 de junio de 2005 con efectividad a partir del 01 de agosto de 2005, por los motivos expuestos. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante SUSANA MONTERO BUITRAGO, como cotizaciones y rendimientos, sin lugar a descuento alguno, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES Colpensiones recibir de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.

CUARTO: SIN CONDENA en costas

Fundamentó su decisión, en que se encontraba probado que la demandante se encontraba afiliada a Porvenir desde el 1º de agosto del 2005, por virtud de un formulario suscrito el 23 de junio del mismo año.

Expuso, que con la Ley 100 de 1993, se establecieron dos regímenes pensionales, que obedecen a características distintas, pudiendo resultar beneficiosos o no a cada caso en particular. Señaló que la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se pronunció sobre este tema inicialmente frente a personas beneficiarias del régimen de transición y con posterioridad frente a afiliados que no lo eran, siendo este el caso de la demandante, sentencias donde se fijaron una serie de reglas respecto de la ineficacia de traslado.

Sostuvo, que entre esas reglas se encontraban: i) que al momento del traslado del afiliado este debía ser informado, siendo necesario evaluar para esa data cual era el deber que recaía sobre las AFP; ii) que es a las administradoras de fondos de

pensiones a quienes les corresponder probar que información le suministraron al usuario al momento del traslado; iii) que las AFP desde su creación tenían un deber de información, el cual con el paso de los años se fue incrementando, entre otras. Agregó que conforme las recientes sentencias de la CSJ, las Administradoras de pensiones debían brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, con miras a que estos adquirieran un juicio claro sobre las mejores condiciones pensionales, obligación impuesta a las AFP desde su creación.

Que así lo venía reiterando pacíficamente desde hacía más de 10 años la CSJ, dada la doble calidad de las administradoras, de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, exigiéndoles el cumplimiento de este deber de forma más rigurosa que el que pudiese exigirse a otro ente financiero, en tanto de su ejercicio dependían claros intereses sociales, como la protección a la vejez, la invalidez y de la muerte, de suerte que su incumplimiento implicaba la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Explicó, que ese deber de información se ha venido desarrollando con el paso de los años, para ir acumulando obligaciones en cabeza de las AFP; que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no eran suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Explicó, que el consentimiento informado, debía entenderse como un procedimiento que garantizaba, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen, es decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Señaló, que verificaría si para el año 2005 la AFP Porvenir había cumplido el deber de información, momento para el cual se encontraba en una primera etapa que exigía básicamente ilustrar a la demandante acerca de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales. Agregó, que en este caso se allegó el formulario de afiliación firmado por la señora Montero, no obstante, este no ofrecía ninguna clase de información que permitiera comprobar la asesoría brindada en ese momento; que en el expediente no obraban más pruebas

respecto de ese momento, ya que la actora en su interrogatorio de parte había manifestado que para el momento del traslado no le explicaron ni siquiera las características generales del RAIS, porque Porvenir no le ofreció una asesoría personalizada, pues su traslado se dio a través de una nueva vinculación laboral, razón por la cual declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Consideró, que los gastos de administración están fijados en la norma y que de alguna manera estos corresponden a erogaciones de los fondos para poder generar rendimientos a los afiliados, y que en la mayoría de los casos esos rendimientos son superiores a los aportes mismos, sin evidenciarse que hubiese un detrimento en el capital de los afiliados y, por el contrario, compensan esa diligencia en la administración de los recursos.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación por considerar que en este asunto no se acreditó causal alguna de ineficacia, ya que esa entidad veló por el respeto de la libre escogencia de régimen pensional de la actora en el año 2005, hecho que permaneció en el tiempo por más de 10 años, lo que se ratificaba con cada uno de los aportes realizados a la cuenta de ahorro individual.

Expuso, que si bien la jurisprudencia ha fijado que el formulario de afiliación no es prueba del cumplimiento del deber de información, no podía desconocerse que esa documental no había sido tachado por la parte demandante, por lo que se presumía auténtico y no podía restársele validez, porque era el documento expícito para poder vincularse a esa AFP, y que no podía dejarse de lado que para el año 2005, la asesoría a los potenciales afiliados se realizaba de forma verbal y no había norma ni jurisprudencia que obligara a dejar documentada esa reunión.

Esgrimió, que la demandante contaba con todos los canales de comunicación para informarse, además recibía extractos de su cuenta y nunca manifestó inconformidad alguna sobre la administración de sus aportes, lo que indicaba que aceptaba ser regida por los lineamientos del RAIS.

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación de manera parcial con el fin de que se acoja la sentencia CSJ SL3464-2019, respecto de las consecuencias prácticas de la ineficacia, y citó el aparte que señala:

Por esto mismo, 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 estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

En consecuencia, solicitó que los gastos de administración sean reintegrados a Colpensiones.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la AFP Porvenir S.A., y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa misma entidad en lo no apelado, 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 la 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 la actora en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: i) que la señora SUSANA MONTERO BUITRAGO se afilió al ISS donde aportó desde el 27 de julio de 1981, hasta el 1° de marzo de 1992, 389,71 semanas (exp. Adm. Archivo 11 exp. digital); y ii) que el **23 de junio del 2005**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir S.A. (f.º 65-66 archivo 13 epx. 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, 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 junio del 2005-, 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 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, al revisar el expediente Porvenir S.A., no allegó prueba alguna que demuestre que cumplió con el deber de información en los términos ante referidos, pues solo allegó el formulario de afiliación, el historial de vinculaciones SIAF, la relación histórica de movimientos, el historial laboral consolidada, el certificado de afiliación, la historia para bono pensional, un comunicado de prensa y un concepto emitido por la Superintendencia Financiera; documentos que de ninguna manera acreditan el tipo de información que le fue suministrada a la demandante momentos previos o durante el

traslado que realizó al RAIS. Maxime que, en el interrogatorio de parte rendido por la parte actora, no se evidencia confesión alguna respecto de que Porvenir la hubiese ilustrado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pues esta indicó que se trasladó al RAIS con ocasión de una vinculación laboral que tuvo en ese momento, que en recursos humanos le entregaron el formulario para diligenciar, que ella se fijó que todos sus datos quedaran correctamente y lo firmó, que allí si se encontraba un asesor de Porvenir pero que no le dijo absolutamente nada.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones llamada a juicio, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliada, carga probatoria que a ella le 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 que la a quo no ordeno devolver por parte de Porvenir a Colpensiones, 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, 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 tanto un recurso de apelación como 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, adicionar el numeral segundo, en el sentido de ordenar a la AFP Porvenir, 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, 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.

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 AFP Porvenir S.A., como quiera que su recurso de alzada no prosperó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP. Sin costas a cargo de Colpensiones porque su apelación salió adelante.

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:

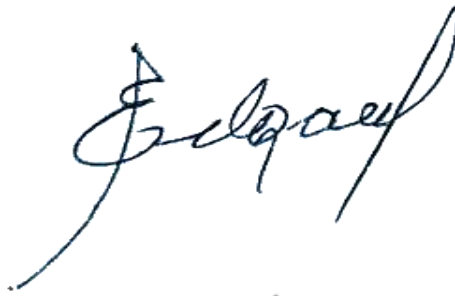
PRIMERO: ADICIONAR NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación de la demandante SUSANA MONTERO BUITRAGO desde el 1° de agosto del 2005 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 la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. 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: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la AFP PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

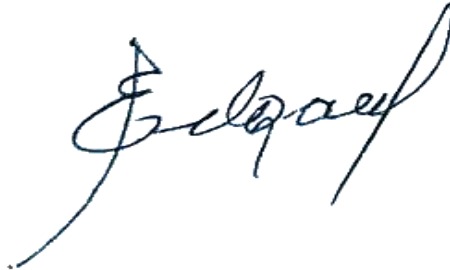


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

(En uso de permiso)
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 black 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 MARÍA CONSTANZA JIMÉNEZ VARGAS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre 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 CONSTANZA JIMÉNEZ VARGAS**, se **declare** la ineficacia de su traslado del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) efectuada a través de la AFP Colmena el 1° de julio de 1998, y los realizados con posterioridad a Colfondos y Porvenir, por omisión al deber de información. En consecuencia, se **ordene** a Colmena hoy Protección S.A., a Colfondos y a Porvenir trasladar a Colpensiones los dineros recibidos con ocasión de su vinculación en pensiones a cada entidad, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradoras, con todos sus frutos e intereses, los rendimientos que se hubieren causado y las cuotas de administración debidamente indexadas; se **ordene** a Colpensiones recibir los dineros en mención, y tenerla como válidamente afiliada al RPM; se **condene** a las demandadas a las costas procesales y se haga uso de las facultades ultra y extra petita.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 1 y 3 exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 22 de abril de 1960; que se afilió al ISS para las contingencias de IVM, donde aportó 6 semanas; que se trasladó al RAIS mediante la firma de un formulario de afiliación con Colmena, el cual se hizo efectivo a partir del 1° de septiembre de 1998; que en ese momento no le informaron sobre las características del sistema pensional ni de los dos regímenes, no le explicaron los requisitos para optar por una pensión, ni como se liquidaba la misma, ni sobre las consecuencias de su afiliación al RAIS; que por fusión la AFP Colmena se convirtió en ING y actualmente en Protección S.A.

Esbozó, que posteriormente se vinculó a Colfondos con efectividad a partir del 1° de abril de 2002, oportunidad en la que tampoco se le caracterizó el sistema general de pensiones con sus requisitos, formas, servicios y condiciones; y que por último se afilió a la AFP Porvenir S.A., pero que el asesor no le explicó las particularidades propias de cada régimen pensional, con sus pro y contras, modalidades pensionales, ni cuales eran los requisitos para acceder a la pensión de vejez; que al momento de presentar la demanda contaba con 60 años de edad y no tenía una expectativa pensional clara respecto de los aportes realizados; que solicitó la ineficacia del traslado al RAIS realizado en su momento a través de Colmena, a Colpensiones, Protección S.A., Colfondos S.A., y Porvenir S.A., pero que esas entidades negaron lo peticionado.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 07 exp. Digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, su afiliación al ISS y la reclamación administrativa; frente a los demás, señaló que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe e imposibilidad de condena en costas.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó (archivo 06 exp. Digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, su vinculación al ISS, que se trasladó al RAIS a través de Colmena con efectividad a partir del 1° de septiembre de 1998; que esa AFP se convirtió en ING y posteriormente en Protección S.A.; que peticionó la nulidad de esta afiliación, pero que la misma fue negada; frente a los demás, indicó que no le

constaban por corresponder a otras entidades, o que no eran ciertos. Aclaró, que el promotor de Colmena la asesoró respecto a todo el sistema general de pensiones, explicándole 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 ella tuviese claridad respecto a su panorama pensional, y con el fin de que tomara libremente la decisión de vincularse o no al RAIS voluntariamente, tal como había sucedido.

Formuló las excepciones de fondo, de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y 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 declarara 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 traslado de aportes a Colfondos y la innominada o genérica.

COLFONDOS S.A. contestó (archivo 10 exp. Digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la señora Jiménez, que se vinculó al ISS, y que se trasladó a Colfondos mediante la suscripción de un formulario el 8 de febrero de 2002, con efectividad a partir del 1° de abril de esa anualidad; que se presentó un derecho de petición al cual dio respuesta; frente a los demás, manifestó que no le constaban por corresponder a otras entidades, o que no eran ciertos. Aclaró, que agotó todos los requisitos legales y exigibles por la ley para brindar al afiliado toda la información de manera eficaz, oportuna y clara, dando siempre la posibilidad a este de comunicarse con la entidad de la manera más sencilla como lo son sus canales electrónicos, y también de manera mensual enviaba extractos de la cuenta individual de pensión, y daba contestación a sus inquietudes y requerimientos.

Planteó las excepciones de fondo, de buena fe, compensación, pago y la innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (archivo 12 exp. Digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, manifestó que no le constaban por corresponder a otras entidades, o que no eran ciertos. Aclaró, que la demandante se vinculó a esa AFP de manera libre y voluntaria mediante formulario suscrito el 21

de octubre de 2009, al cual se sujeta en su integridad, después de haber sido informada sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, documento en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, y que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54A del CPTSS. Propuso como excepciones de fondo, las de de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, e innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 25 de octubre de 2021 (archivo 18-19 exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del régimen pensional que hiciera la señora MARÍA CONSTANZA JIMÉNEZ VARGAS identificada con C.C. n.º 41.782.864 ante la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., el día 1º de julio de 1998 con efectividad a partir del 01 de septiembre de 1998, por los motivos expuestos. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante MARÍA CONSTANZA JIMÉNEZ VARGAS, como cotizaciones y rendimientos, sin lugar a descuento alguno, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES Colpensiones recibir de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.

CUARTO: SIN CONDENA en costas

Fundamentó su decisión, en que se encontraba probado que la demandante se afilió a Colpensiones el 17 de octubre de 1979; que se trasladó al RAIS a través de Colmena el 1º de julio de 1998, con efectividad a partir del 1º de septiembre de ese mismo año; que se vinculó a Colfondos mediante formulario firmado el 8 de febrero de 2002 y finalmente paso a Porvenir el 29 de septiembre de 2009, donde permanece hasta la actualidad.

Expuso, que con la Ley 100 de 1993, se establecieron dos regímenes pensionales, que obedecen a características distintas, pudiendo resultar beneficiosos o no a cada caso en particular. Señaló que la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral

desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se pronunció sobre este tema inicialmente frente a personas beneficiarias del régimen de transición y con posterioridad frente a afiliados que no lo eran, siendo este el caso de la demandante, sentencias donde se fijaron una serie de reglas respecto de la ineficacia de traslado.

Sostuvo, que entre esas reglas, se encontraban: *i)* que al momento del traslado del afiliado este debía ser informado, siendo necesario evaluar para esa data cual era el deber que recaía sobre las AFP; *ii)* que es a las administradoras de fondos de pensiones a quienes les corresponder probar que información le suministraron al usuario al momento del traslado; *iii)* que las AFP desde su creación tenían un deber de información, el cual con el paso de los años se fue incrementando; y *iv)* que los traslados horizontales de ninguna manera pueden sanear la deficiencia en la información que se presentó al momento del traslado de régimen, entre otras. Agregó que conforme las recientes sentencias de la CSJ, las Administradoras de pensiones debían brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, con miras a que estos adquirieran un juicio claro sobre las mejores condiciones pensionales, obligación impuesta a las AFP desde su creación.

Que si lo venía reiterando pacíficamente desde hacía más de 10 años la CSJ, dada la doble calidad de las administradoras, de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, exigiéndoles el cumplimiento de este deber de forma más rigurosa que el que pudiese exigirse a otro ente financiero, en tanto de su ejercicio dependían claros intereses sociales, como la protección a la vejez, la invalidez y de la muerte, de suerte que su incumplimiento implicaba la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Explicó, que ese deber de información se ha venido desarrollando con el paso de los años, para ir acumulando obligaciones en cabeza de las AFP; que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como *«la afiliación se hace libre y voluntaria»*, *«se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones»* u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no eran suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Argumentó, que el consentimiento informado, debía entenderse como un procedimiento que garantizaba, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su

afiliación al régimen, es decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Señaló, que verificaría si para el año 1998, la AFP Colmena hoy Protección había cumplido el deber de información, momento para el cual se encontraba en una primera etapa que exigía básicamente ilustrar a la demandante acerca de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales. Agregó, que en este caso no se había allegado al proceso prueba alguna que le permitiera concluir que se había cumplido con ese deber de información, y que la actora en su interrogatorio de parte había manifestado que para el momento del traslado no le explicaron ninguna de las características de los dos regímenes pensionales, razón por la cual, acogiendo la línea jurisprudencial en esta materia, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado el 1° de julio de 1998, y ordenó a la AFP Porvenir S.A., devolver los aportes y rendimientos financieros de la actora a Colpensiones.

Consideró, que los gastos de administración están fijados en la norma y que de alguna manera estos corresponden a erogaciones de los fondos para poder generar rendimientos a los afiliados; que en la mayoría de los casos esos rendimientos son superiores a los aportes mismos, sin evidenciarse que hubiese un detrimento en el capital de los afiliados y, por el contrario, compensan esa diligencia en la administración de los recursos.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación por considerar que la decisión de primera instancia afectaba el principio de la confianza legítima, porque la *a quo* le restó valor probatorio al formulario de afiliación, documento que para la época en que la demandante se afilió al RAIS constataba la voluntad del afiliado de pertenecer a determinado régimen pensional; que dicho documento no fue tachado de falso por la promotora del litigio, cumplía con lo consagrado en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, razón por la cual debía presumirse auténtico. Agregó, que se le está exigiendo a las AFP generar una prueba que no existe, porque para 1998, lo único que se requería para que una persona se afiliara a determinada administradora de pensiones era el formulario, porque la asesoría se hacía de manera verbal.

Esgrimió, que la demandante contaba con todos los canales de comunicación para informarse; además, recibía extractos de su cuenta y nunca manifestó

inconformidad alguna sobre la administración de sus aportes, lo que indicaba que aceptaba ser regida por los lineamientos del RAIS; que en este asunto no se logró demostrar cual fue el acto que impidió la libertad en la escogencia de régimen pensional.

Señaló, que la señora Jiménez realizó varios traslados entre el RAIS y efectuó actualización de datos, es decir, que ejerció actos de relacionamiento conforme lo estipulado en las sentencias CSJ SL413-2018 y CSJ SL 2753-2021, los cuales no podían ser desconocidos, máxime que llevaba más de 20 años en el RAIS.

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación de manera parcial con el fin de que se acoja la sentencia CSJ SL3464-2019, respecto de las consecuencias prácticas de la ineficacia, y citó el aparte que señala:

Por esto mismo, 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 estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

En consecuencia, solicitó que los gastos de administración sean reintegrados a Colpensiones.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la AFP Porvenir S.A., y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa misma entidad en lo no apelado, 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 la demandante a través de la AFP Porvenir 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 la actora en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: i) que la señora MARÍA CONSTANZA JIMÉNEZ VARGAS se afilió al ISS donde aportó desde el 17 de octubre de 1979, hasta el 30 de noviembre de 1979, 6,42 (exp. Adm. Archivo 8 exp. digital); ii) que según certificado SIAFP el **1° de julio del 1998**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Colmena (f.° 36 archivo 6 epx. digital), pero acredita aportes a esa AFP desde el 1° de junio de 1995 (f.° 40-53 archivo 6 exp. Digital); iii) que el 8 de febrero de 2002, se afilió a Colfondos (f.° 159 archivo 1 exp. Digital), con fecha de efectividad 1° de abril de 2002 (f.° 96 archivo 10 exp. Digital); y iv) que el 29 de septiembre de 2009, se vinculó a Porvenir S.A. (f.° 62 archivo 12 exp. Digital), AFP en la que se encuentra actualmente.

Aclara la Sala que en el presente asunto la AFP que propició el cambio de régimen pensional, esto es, Colmena hoy Protección no allegó al plenario el formulario suscrito en esa oportunidad; no obstante, aportó la «Consulta de Afiliado» de su sistema (f.° 35 archivo 6 exp. Digital), donde se evidencia lo siguiente:

```
PROTECCION S.A                                20201104      11:22:46
FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS **VERSION 19.0**      LACORTES
AFIL01 Consultar afiliado                          Pantalla 1/6
-----
Afiliado fusionado ING
Identific. afiliado.      41782864 CC      Estado ..... TRS Traspasado
Fecha efectividad .. 01071995      Fecha generac. cta.. 13061995
Fecha solicitud .... 13061995      No. afiliación .... 888890647617
Origen ..... 1 Traslado de régimen
AFP ant./Entidad ant COLPENSIONES
Sexo ..... F Femenino      Fecha de nacimiento 22041960
Nacionalidad ..... 001 COLOMBIANO
Ciudad nacimiento .. 11001 BOGOTA
Depto. nacimiento .. 11      BOGOTA
Fecha expedición ... 02081978
Ciudad de expedición
Depto. de expedición
Apellidos ..... JIMENEZ      VARGAS
Nombres ..... MARIA      CONSTANZA
Verificación identif

F8=Siguiente pantalla, F12=Anterior, F15=Histórico solicitud de traspaso,
F16=Consultar afiliado pensionado, F18=SIPLA, F19=Cta. Ext.
```

Es decir, que la solicitud de vinculación al RAIS se realizó el 13 de junio de 1995, y este se hizo efectivo a partir del **1° de julio de 1995**, supuesto fáctico que coincide con la información dada en la comunicación emitida por Protección el 4 de noviembre de 2020 (f.° 38-39 archivo 6 exp. Digital), respecto de que conforme la base de datos de la AFP la afiliación se había presentado desde el 13 de junio de 1995, hasta el 08 de febrero de 2002, fecha en la cual firmó solicitud de traslado de salida hacia otra administradora, y con el reporte de estado de cuenta (f.° 40-53 archivo 6 exp. Digital), donde se registran cotizaciones desde el 1° de junio de 1995, con el empleador Universidad Distrital Francisco José de Caldas.

En conclusión, la Sala tendrá como fecha de solicitud de traslado al RAIS el **13 de junio de 1995**, el cual se hizo efectivo a partir del **1° de julio de 1995**, y no lo registrado en la certificación SIAFP, porque las pruebas documentales muestran que en la realidad fue la data que se acaba de referir.

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 desfavor 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 –**13 de junio 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 Colmena hoy Protección que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las

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

Ahora bien, al revisar el expediente Colmena hoy Protección no allegó prueba alguna que demuestre que cumplió con el deber de información en los términos ante referidos, pues solo allegó la consulta de afiliado de su base de datos, el historial de vinculaciones SIAFP, una comunicación emitida por Protección el 4 de noviembre de 2020 y dirigida a la actora, el reporte de estado de cuenta de la señora Jiménez, y un concepto emitido por la Superintendencia Financiera el 29 de diciembre de 2015; documentos que de ninguna manera acreditan el tipo de información que le fue suministrada a la demandante momentos previos o durante el traslado que realizó al RAIS. Maxime que, en el interrogatorio de parte rendido por la parte actora, no se evidencia confesión alguna respecto de que Colmena la hubiese ilustrado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pues esta indicó que el traslado al RAIS se dio en razón a que se ganó un concurso de méritos en la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, que se acercó a recursos humanos de esa institución a llevar sus documentos para la posesión y allí se le acercó un promotor de Colmena quien le habló sobre el fondo privado y le dio la posibilidad de pensionarse más joven, porque no debía cumplir el requisito de la edad entre algunas otras ventajas respecto de que era un fondo robusto con poca posibilidad de quiebra, y por ello firmó el formulario, y que no le explicaron nada más, porque ella tenía afán con el asunto de la posesión.

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 a Colfondos, y de Colfondos 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. (Negritas 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. (Negritas 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 la administradora de pensiones llamadas a juicio, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliada, carga probatoria que a ella le 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 que la a quo no ordeno devolver por parte de Porvenir a Colpensiones, 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, 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 tanto un recurso de apelación como 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 MODIFICAR el numeral primero de la sentencia de instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado de régimen de la demandante al régimen de ahorro individual realizado el 13 de junio de 1995, con efectividad a partir del 1° de julio de 1995 por intermedio de COLMENA hoy Protección S.A.; y segundo, adicionar y modificar el numeral segundo de la misma providencia, en el sentido de ordenar a la AFP PROTECCIÓN, COLFONDOS y 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, 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 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 adelante.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandada AFP Porvenir S.A., como quiera que su recurso de alzada no prosperó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP. Sin costas a cargo de Colpensiones porque su apelación salió adelante.

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 29 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del régimen pensional que hiciera la señora MARÍA CONSTANZA JIMÉNEZ VARGAS identificada con C.C. n.º 41.782.864 ante la COLMENA hoy SOCIEDAD MINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., el día 13 de junio de 1995 con efectividad a partir

del 01 de julio de 1995, por los motivos expuestos. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ADICIONAR Y MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., únicamente en el sentido de **ORDENAR:**

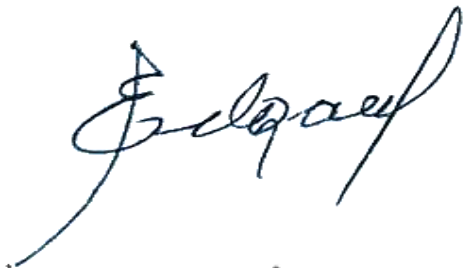
- A la **SOCIEDAD MINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora, esto es, entre el 1° de julio de 1995 y el 31 de marzo de 2002. 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 **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** 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 la demandante estuvo afiliada a esa administradora, esto es, entre el 1° de abril de 2002 y el 31 de octubre de 2009. 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.**, trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad desde el 1° DE NOVIEMBRE DE 2009, 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: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la AFP PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

(En uso de permiso)

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', with a stylized flourish extending from the bottom left.

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 JUAN DE DIOS MUÑOZ SANDOVAL
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 septiembre 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 DE DIOS MUÑOZ SANDOVAL**, se **declare** la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) efectuada a través de la AFP Porvenir. En consecuencia, se **ordene** a Porvenir trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos y demás dineros que se hubieren cancelado; se **ordene** a Colpensiones recibir sus aportes y tenerlo como afiliado y beneficiario del régimen de prima media (en adelante RPM); y se **condene** a las demandadas ultra y extra petita y a las costas procesales.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 39-45), señaló en síntesis, que nació el 10 de mayo de 1962; que se afilió al ISS desde febrero de 1985; y que se trasladó al RAIS el 5 de octubre del 2000, mediante la firma de un formulario de afiliación con Porvenir S.A.; que el asesor de dicho fondo, con el fin de convencerlo de que se trasladara de régimen, le indicó que afiliarse a pensiones con ellos era mucho más seguro y rentable que continuar con el ISS, porque este se acabaría; además, le prometió que se pensionaría antes de los 55 años de edad; que en cambio en el ISS tenía que esperar hasta esa edad para acceder al derecho; que no le

informaron del perjuicio de abandonar el RPM, ni de las ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS en su caso específico, ni le realizaron un paralelo con la proyección de como quedaría su pensión en ambos regímenes.

Indicó, que cuando cumplió 54 años averiguó en Porvenir sobre su pensión, pero se dio cuenta que no podía pensionarse antes de la edad prometida, ni con los montos esperados; que buscó trasladarse a Colpensiones, pero le indicaron que no podía porque estaba a menos de 10 años para acceder al derecho; que solicitó ante Colpensiones y Porvenir el cambio de régimen pensional, pero que ambas entidades negaron esa solicitud.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 58-68), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos aceptó la fecha de nacimiento del demandante, la afiliación al ISS y la reclamación administrativa; frente a los demás, señaló que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso 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.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (f.º 98-120), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor; que suscribió formulario de traslado de régimen con la AFP Porvenir el 5 de octubre de 2000, y la petición de nulidad de traslado, la cual fue negada; frente a los demás, expuso que unos no le constaban por corresponder a otra entidad y a otros que no eran ciertos; aclaró, que brindó la información suficiente para generar en él una decisión libre y voluntaria a fin de elegir el régimen que mejor se ajustara a sus intereses, explicándole las características, ventajas y desventajas del RAIS en comparación con las condiciones propias del RPM. Agregó, que con independencia de la información entregada el promotor del litigio pudo o podía haber validado en cualquier momento la información entregada y demás aspectos necesarios, establecidos en la Ley 100 de 1993.

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

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 12 de junio de 2020 (f.º 5 CD cdo. Tribunal), resolvió:

PRIMERO: Declárese nulo e ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo el demandante JUAN DE DIOS MUÑOZ SANDOVAL identificado con cédula de ciudadanía No. 19.473.349 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado en su momento por el extinto ISS hoy COLPENSIONES al RAIS administrado por SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., con efectividad a partir del 1 de DICIEMBRE de 2000, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: Declárese válidamente vinculado el señor JUAN DE DIOS MUÑOZ SANDOVAL al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a lo expuesto.

TERCERO: Condénese a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver todos los valores de la cuenta de ahorro individual del señor JUAN DE DIOS MUÑOZ SANDOVAL, junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración, durante todo el tiempo que permaneció en el régimen de ahorro individual con solidaridad, esto es a partir del 1º de DICIEMBRE de 2000 hasta cuando se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por concepto de administración deben ser devueltos del patrimonio del fondo debidamente indexados, conforme a lo expuesto.

CUARTO: Ordénese a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, 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.

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

Fundamentó su decisión, en que se encontraba probado que el demandante nació el 10 de mayo de 1962; que se afilió al RPM entre el 18 de febrero de 1985; que el 5 de octubre del 2000, se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. el cual se hizo efectivo a partir del 1º de diciembre del mismo año.

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, buen consejo y finalmente al de doble asesoría; 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, Porvenir 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 el demandante hubiese recibido por parte de la AFP Porvenir 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.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR** interpuso recurso de apelación afirmando que el traslado del actor al RAIS se celebró sin que el demandante estuviese incurso en alguna prohibición legal ni era beneficiario del régimen de transición, lo que le permitía inferir que el traslado de régimen no fuese recomendable, pues sostener lo contrario sería tanto como decir que uno de los dos regímenes es más favorable que el otro. Agregó, que al no haber una situación consolidada que requiriera una protección especial a ese momento, su traslado obedecía a una de las dos opciones que le dio el legislador.

Indicó, que en el proceso no estaba demostrado que al señor Juan de Dios se le hubiese presionado por parte de esa AFP para tomar la decisión de traslado, ya que esta para que afecte el acto jurídico debe venir de quien tiene el poder de ejercerla; que dentro de los registros de Porvenir no se encontraba prueba alguna donde el demandante hubiese manifestado su voluntad de cambiar de régimen pensional, por lo que la vinculación a esa entidad surtió los efectos completos.

Sostuvo, que a la fecha del traslado no era posible hacerle una proyección pensional, porque no contaba con la información necesaria para ello, porque no se sabía cuanto tiempo de más iba a cotizar, el flujo de sus aportes, su IBC, ni como se comportarían las variables macroeconómicas que iban a determinar los rendimientos financieros que generaría el capital del actor.

En relación con los saldos que se encuentran en su poder, señaló que los descuentos realizados por Porvenir lo fueron por ministerio de la ley, para reenumerar su actuar de buena fe y la gestión profesional que se realiza sobre los recursos que están en su custodia, y ello se veía reflejado en los rendimientos financieros que esa cuenta había generado durante más de 20 años de vinculación. Y que lo pagado por seguros previsionales de invalidez y muerte está en poder de un tercero, y el actor ha estado cubierto por esos riesgos durante su vinculación a esa AFP.

Explicó, que devolver a Colpensiones los dineros descontados por gastos de administración y seguros previsionales, generan un enriquecimiento sin causa en su favor, porque estos no hacen parte del capital que financia las pensiones.

COLPENSIONES NO interpuso recurso de apelación.

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 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., 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)* el señor JUAN DE DIOS MUÑOZ SANDOVAL se afilió al ISS donde aportó desde el 18 de febrero de 1985, hasta el 31 de octubre del 2000, 784,43 semanas (f.º 12); y *ii)* que el **5 de octubre del 2000**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir S.A. (f.º 121), AFP en la que se encuentra actualmente (f.º 124).

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 disfavors 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 **–5 de octubre del 2000–**, 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 **5 de octubre del 2000**, 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 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).

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**.

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, 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 el demandante JUAN DE DIOS MUÑOZ SANDOVAL del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 5 de octubre del 2000, a través de la afiliación a la AFP Porvenir S.A.; y segundo, adicionar el numeral tercero, 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 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 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 la demandada 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 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la demandante JUAN DE DIOS MUÑOZ SANDOVAL del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 5 de octubre del 2000, a través de la afiliación a la AFP Porvenir 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 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 JUAN DE DIOS MUÑOZ SANDOVAL desde el 1° de diciembre del 2000 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 consultada y apelada.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Porvenir.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
(En uso de permiso)

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir, 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 MARÍA DEL PILAR VALDIVIESO SALGUERO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., Y ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre 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 DEL PILAR VALDIVIESO SALGUERO**, se **declare** la nulidad de su traslado del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) efectuada a través de la AFP Porvenir, por no haber existido una decisión informada, autónoma y consciente. En consecuencia, se **ordene** a Porvenir y a Protección devolver todos los aportes, junto con los rendimientos financieros; se **ordene** a Colpensiones activar su afiliación al RPM, aceptar y recibir todos sus aportes provenientes del RAIS; se **condene** a las demandadas ultra y extra petita y a las costas procesales.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 29-46), señaló en síntesis; que nació el 9 de noviembre de 1962; que se afilió al ISS y posteriormente el 16 de febrero de 1996, se trasladó a la AFP Porvenir S.A., entidad esta última que no le brindó la información adecuada y completa acerca del RAIS, ni sobre las ventajas y desventajas del mismo y mucho menos las características, condiciones y diferencias

con el RPM; que el 23 de agosto de 2013, realizó un traslado horizontal a la AFP Protección S.A., entidad que tampoco lo ilustró de forma adecuada y completa sobre el RAIS; que sí le hablaron de las ventajas pero jamás de las desventajas; que el 27 de mayo de 2019, solicitó ante Colpensiones la nulidad del traslado a la AFP y la reactivación de la afiliación en el RPM.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 83-91), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, su afiliación al ISS; que se trasladó al RAIS en 1996, y la reclamación administrativa; frente a los demás, señaló que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, e innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (f.º 95-117), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor y la data del traslado de régimen pensional; frente a los demás, manifestó que unos no le constaban por corresponder a otra entidad y a otros que no eran ciertos, y aclaró que tal como se podía constatar con el formulario de afiliación la vinculación del actor con esa AFP había sido libre, espontánea, sin presiones y de acuerdo con las normas establecidas para esa calenda; que dado que la demandante realizó un traslado horizontal entre AFPs ello ratificaba su voluntad de permanecer en ese régimen pensional, además que había ejecutado varios actos de relacionamiento que indicaban lo mismo. Formuló las excepciones de mérito 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.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó (archivo 4 exp. Digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora y que actualmente se encuentra vinculada a esta AFP; frente a los demás, manifestó que unos no le constaban por corresponder a otra entidad y a otros que no eran ciertos; aclaró, que al momento del traslado la señora Valdivieso había sido asesorada, respecto a todo el sistema general de pensiones colombiano, 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, efectos y riesgos del traslado y todos los aspectos necesarios para que ella misma pudiera tener claridad respecto a su panorama pensional, esto con el fin de que ella pudiera tomar

libremente la decisión de vincularse o no a este régimen. Tal y como lo hizo en el año 1999, al suscribir el formulario de vinculación.

Formuló las excepciones de inexistencia de la Obligación y falta de causa para pedir, Buena Fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y 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 declarara 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.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 27 de septiembre de 2021 (f.º 135-139), resolvió:

PRIMERO: Declárese ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante señora MARÍA DEL PILAR VALDIVIESO SALGUERO (...) del régimen de prima media con prestación definida administrado por el extinto del Instituto de Seguros Sociales al régimen de ahorro individual administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, a partir del 1º de marzo de 1996, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: Declárese válidamente vinculada a la demandante señora MARÍA DEL PILAR VALDIVIESO SALGUERO al régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a lo expuesto.

TERCERO: Condénese a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A a devolver a Colpensiones todos los valores que reposan en 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, esto es desde el 1º de agosto de 2002 y hasta la fecha cuando se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por administración las cuales deben ser cubiertos con los recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados.

CUARTO: Condénese a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A a trasladar a Colpensiones los costos cobrados por concepto de administración por el lapso en que permaneció en dicha administradora, esto es, desde el 1º de marzo de 1996 al 31 de julio de 2002 los cuales deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados.

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 MARÍA DEL PILAR VALDIVIESO SALGUERO, 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.

Fundamentó su decisión, en que se encontraba probado que la demandante nació el 9 de noviembre de 1962; que cotizó 641.14 semanas al RPM entre el 8 de septiembre de 1980, y el 29 de febrero de 1996; que el 16 de febrero de 1996, se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., y posteriormente el 17 de junio de 2002, se trasladó a la AFP Santander hoy Protección el cual se hizo efectivo a partir del 1° de agosto de 2002; que en total contaba con 1.845,86 semanas.

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; 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, Porvenir 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 Porvenir 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, y que el traslado que realizó a otra AFP no convalidaba la omisión a ese deber, de ahí que resultaba ineficaz el traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR** interpuso recurso de apelación afirmando que si bien existía un precedente jurisprudencial también lo era que este no podía aplicarse de forma homogénea a todos los casos en los que se pretenda la ineficacia del traslado, porque cada caso tiene sus propias particularidades.

Expuso, que el traslado de la demandante al RAIS reviste completa validez en la medida en que se cumplieron todos los presupuestos legales en materia de información para el año 1996, por lo que no era dable retrotraer las cosas a su estado anterior, aplicando la figura de la ineficacia; agregó, que siempre ha actuado en el marco de una buena fe objetivo y que ilustró a la actora acerca de las características de ambos regímenes pensionales; que para ese momento no se le podía imponer la carga del deber del buen consejo y de doble asesoría, porque estas surgieron a partir del año 2009.

Señaló, que en este caso se configuraban unos actos de relacionamiento dado que la voluntad de la demandante ha sido pertenecer al RAIS y beneficiarse de los rendimientos financieros que se generan en este régimen, pues se trasladó a Protección donde nuevamente recibió otra asesoría, y que la inconformidad de la accionante radicaba en el valor de la prestación, situación que no es un argumento para invalidar el acto jurídico.

Sostuvo, que no estaba de acuerdo con la condena a devolver los gastos de administración porque los rendimientos financieros eran propios del RAIS, y cuando se declara la ineficacia, lo que se hace es volver las cosas a su estado anterior, es decir, que dichos rendimientos nunca se causaron, porque si se tenía como si nunca hubiese pertenecido al RAIS pues era ilógico que se beneficiara de una característica de este.

Refirió, que hoy en día ya no posee los dineros descontados por gastos de administración y seguros previsionales, porque todos los dineros de la actora fueron trasladados a la AFP Protección.

La **AFP PROTECCIÓN** interpuso recurso de apelación de manera parcial frente a las condenas a devolver los gastos de administración y seguros previsionales, porque en su sentir ha realizado una excelente gestión en la administración del capital de la afiliada, lo que se evidenciaba en los altos rendimientos generados, por lo que ordenar esa devolución sería como castigarla por ello, y desconocer el derecho a las restituciones mutuas.

Agregó, que ello también llevaría a un enriquecimiento sin justa causa por parte de Colpensiones quien nunca administró esos recursos; que los conceptos en mención eran descontados porque la Ley 100 de 1993, así lo autorizaba, además que estos también se realizan en el RPM; que esas cuotas de administración no tenían como fin financiar la mesada pensional, pues su naturaleza es completamente diferente, lo que llevaba a una prescripción parcial de esos descuentos. Y que en este caso las primas del seguro previsional ya fueron canceladas a un tercero.

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que el traslado de régimen pensional se realizó con la plena voluntad del cotizante, por lo que no podía declararse la ineficacia; además, que su voluntad de pertenecer al RAIS se vio ratificada por llevar más de 20 años aportando a ese régimen, sin informarse ni preocuparse de su futuro pensional, y también con el traslado horizontal que realizó a Protección.

Señaló, que la actora no ejerció su derecho de cambio de régimen antes de cumplir 47 años de edad y cuando lo hizo ya se encontraba inmersa en la prohibición legal de que trata el literal e) del artículo 2 de la Ley 797 de 2003; que Colpensiones no podía recibir los aportes de una afiliada que dejó de pertenecer al RPM por más de 20 años, porque ello vulneraba el principio de la sostenibilidad financiera y el de los afiliados que si vienen aportando a este fondo desde hace algún tiempo.

Propone que sean las AFP quienes reconozcan las pensiones de los afiliados afectados con el deber de información, aplicando las normas del RPM, para que las AFP sientan el detrimento patrimonial y las consecuencias de su actuar.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir S.A., Protección S.A., y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última en lo que no fue objeto 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 Porvenir 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 los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora María Del Pilar Valdivieso Salguero se afilió al ISS donde aportó desde el 8 de septiembre de 1980, hasta el 29 de febrero de 1996, 641,14 semanas (exp. administrativo); *ii)* que el **16 de febrero de 1996**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir S.A. (f.º 19 y 121); y *iii)* que el 17 de junio de 2002, se vinculó a Santander hoy Protección, AFP en la que se encuentra actualmente (f. 34 y 41 archivo 4 exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, 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 –**16 de febrero 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).

La AFP Porvenir, aportó al expediente el formulario de solicitud de afiliación y traslado suscrito el **16 de febrero de 1996**, 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 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 Porvenir a Santander hoy Protección, 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.

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**.

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, 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 condenar a la AFP Porvenir S.A. y a la AFP Protección S.A., a pagar con su propio patrimonio, 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, 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 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. y 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 NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a pagar con su propio patrimonio y trasladar a Colpensiones, 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. 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.

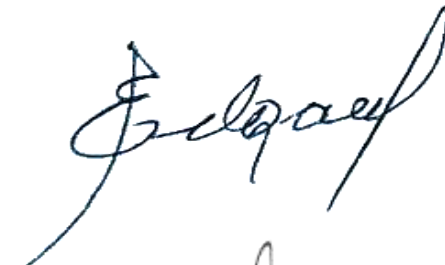
SEGUNDO: ADICIONAR NUMERAL CUARTO de la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a pagar con su propio patrimonio y trasladar a Colpensiones, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados. 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.

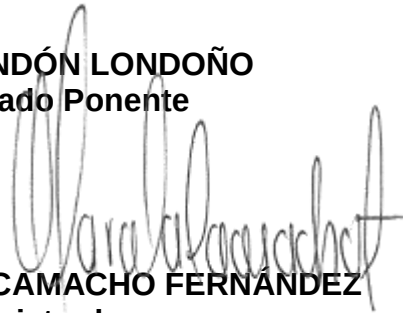
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Porvenir, Protección y Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

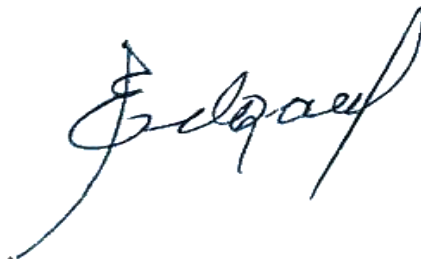


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
(En uso de permiso)

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir, AFP Protección 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 CLAUDIA PATRICIA LÓPEZ VARGAS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., Y UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre 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 PATRICIA LÓPEZ VARGAS**, se **declare** la nulidad y/o ineficacia de su traslado del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) efectuada a través de la AFP Colpatria hoy Porvenir, por ende, se deje sin valor ni efecto los traslados horizontales realizados entre AFPs. En consecuencia, se **ordene** a Protección trasladar a Colpensiones el valor completo de las cotizaciones obligatorias, los rendimientos financieros que se hubiesen causado y el saldo de su cuenta de ahorro individual; se **ordene** a Colpensiones recibir dichos dineros, y actualizar su historia laboral, a las costas procesales y se haga uso de las facultades extra y ultra petita

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 45-49), señaló en síntesis, que nació el 30 de marzo de 1964; que para el 1º de abril de 1994, se encontraba cotizando para pensiones en CAJANAL como empleada de la Rama

Judicial; que de manera intempestiva fue abordada por un asesor de la AFP Colpatria quien la afilió al RAIS a partir del 1° de julio de 1997; que no fue debidamente informada y asesorada respecto de: *i)* los dos regímenes pensionales y sus diferencias; *ii)* que la mesada pensional en el RAIS sería inferior a la del RPM; *iii)* las comisiones de administración que le cobrarían durante su permanencia en ese régimen; *iv)* un comparativo sobre la rentabilidad de los diferentes fondos para compararlo con Colpensiones; *v)* que no le entregaron proyecciones sobre su pensión; *vi)* las modalidades pensionales, y los riesgos en cada una de ellas; *vii)* el valor de la póliza de renta vitalicia; *viii)* el derecho de retractarse, entre otros. Agregó que no le entregaron el reglamento ni el plan del fondo de pensiones, y que se siente engañada por parte de la AFP Colpatria porque no le brindó una información oportuna, acerca de las características y funcionamiento del RAIS que le hubiese permitido tomar una decisión voluntaria e informada.

Narró, que Cajanal hoy UGPP no le indicó que su mesada pensional en el RAIS sería inferior a la que se liquidaría en el RPM; que realizó traslados horizontales a Porvenir, Horizonte, y Protección sin ninguna asesoría por parte de estas. Expuso que, a sus 57 años de edad, en el RPM su mesada pensional ascendería a \$5.917.156, mientras que en Protección sería de \$1.651.908; que solicitó ante Colpensiones su afiliación al RPM, pero que esa entidad el 27 de julio de 2019, no la aceptó porque le faltaban menos de 10 años para la edad mínima de pensión; que petitionó ante Colpensiones, UGPP, Porvenir y Protección la anulación y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, pero que ninguna de las entidades en mención accedió a sus peticiones.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (CD f.º 142 archivo 2), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, y la reclamación administrativa; frente a los demás, señaló que no le constaban por corresponder a terceros. Propuso como excepciones las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, e innominada o genérica.

La UGPP contestó (CD f.º 142 archivo 7), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos refirió que no le consta ninguno por corresponder a otras entidades. Formuló como excepciones de fondo, las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, prescripción, e innominada o

genérica. Certificó que no encontró información relacionada con el expediente pensional de la demandante.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (f.º 54-98), 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 la AFP Colpatria mediante formulario suscrito el 5 de junio de 1997, con efectos a partir del 1º de julio de ese mismo año; que solicitó la anulación de ese traslado, pero que la misma fue negada; frente a los demás, manifestó que unos no le constaban por corresponder a otra entidad y a otros que no eran ciertos, y aclaró que dio la información suficiente y necesaria, sobre las características del régimen pensional, el régimen de transición, bonos pensionales y requisitos para acceder a la pensión, para que ella resolviera si se trasladaba de régimen pensional o no; además, que no podía después de 23 años desconocerse la información dada al momento del traslado; que la obligación de explicarle a los afiliados las consecuencias del traslado de régimen nació solo a partir del Decreto 2071 de 2015,

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.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó (CD f.º 142 archivo 9), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante; que la vinculación de la actora a este fondo lo fue a través del formulario de afiliación a ING suscrito el 29 de agosto de 2012; que solicitó la anulación de ese traslado, pero que la misma fue negada; frente a los demás, manifestó que unos no le constaban por corresponder a otras entidades y a otros que no eran ciertos; aclaró, que sus asesores son capacitados permanentemente y cuentan con el conocimiento técnico y la lealtad moral suficiente para orientar a los posibles afiliados sobre todas las condiciones propias del RAIS y en este sentido se brindó una asesoría amplia, correcta, clara, comprensible y suficiente sobre todos los aspectos del RAIS, de forma previa e individual sobre su caso concreto y su situación jurídica.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y 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 declarara 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, validez y eficacia del traslado entre administradoras de fondos de pensiones del RAIS, e innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 31 de agosto 2021 (CD f.º 142 archivo 11 y audio), resolvió:

PRIMERO: Declárese ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante señora CLAUDIA PATRICIA LÓPEZ VARGAS del Régimen De Prima Media Con Prestación Definida administrado por LA CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL CAJANAL al Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad administrado por COLPATRIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., con efectividad a partir del 1º de julio de 1997 conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: Declárese válidamente vinculado a la demandante señora CLAUDIA PATRICIA LÓPEZ VARGAS al régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a lo expuesto.

TERCERO: Condénese a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración por el lapso en que permaneció en dicho régimen esto es desde el 1º de octubre de 2012 y hasta cuando se haga efectivo el traslado, estos últimos, los costos cobrados por administración deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados.

CUARTO: Condénese a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en dicha administradora del 1º de julio de 1997 a 30 de septiembre de 2012, los que deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados.

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 CLAUDIA PATRICIA LÓPEZ VARGAS, 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.

Fundamentó su decisión, en que se encontraba probado que la demandante nació el 30 de marzo de 1964; que en la historia para bono pensional se reportan 122 días del 1º de octubre de 1988, al 30 enero de 1989, y 2010 días del 1º de junio de 1989, al 31 de diciembre de 1994; que el 6 de mayo de 1997, se trasladó de Cajanal al RAIS a través de la AFP Colpatria; que posteriormente realizó los siguientes

traslados: *i)* a Porvenir el 5 de marzo de 1999; *ii)* a BBVA Horizonte el 22 de abril de 2005; y *iii)* a ING hoy Protección el 29 de agosto de 2012.

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, buen consejo y finalmente al de doble asesoría; 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 demandante se encontraba en el régimen de prima media administrado por Cajanal, y que el 6 de mayo de 1997, se trasladó de este al RAIS a través de la AFP Colpatria, quien 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 Colpatria hoy Porvenir 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, y que el traslado que realizó a otras AFP no convalidaba la omisión a ese deber, de ahí que resultaba ineficaz el traslado.

Aclaró que como la Caja de Previsión Social había sido liquidada en el año 2009, con la expedición del Decreto 2196 de 2009; que en esta norma en su artículo 4 se había establecido que Cajanal debía adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia del presente decreto, a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social – ISS, concluyendo que era esta última entidad la única administradora del régimen de prima media.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR** interpuso recurso de apelación argumentando que la vinculación a Colpatria hoy Porvenir efectuada en 1997, fue válida y eficaz, porque para esa data el único documento que se exigía para ello era el formulario de afiliación. Agregó que, si bien el deber de información nació con las AFP y ha ido aumentando su nivel de exigencia, para la calenda en que la actora se trasladó se debía informar las características del RAIS, pero en pro de impedir la coacción en el derecho a la libre escogencia, por lo que considera que deberes como el buen consejo o analizar el caso particular de los afiliados se regularon con posterioridad a la fecha de cambio de régimen, por lo que no podía analizarse el cumplimiento de estos.

Insiste en que la voluntad de la actora era pertenecer al RAIS, pues así se colige de la serie de traslados entre fondos de este mismo régimen y del largo periodo que ha pertenecido a este, realizando las cotizaciones correspondientes. Señaló que la asesoría dada a la demandante fue de manera verbal, resultando en un imposible jurídico demostrar la información que le fue suministrada a esta.

Expuso, que la actora para el año 1997, y con posterioridad no tenía la condición de afiliado lego, porque era sustanciadora de la rama judicial, por lo que conocía las características de cada uno de los regímenes pensionales y la Ley 100 de 1993, por lo que ella podía auto informarse del acto jurídico que estaba realizando. Además, que era claro que su inconformidad radicaba exclusivamente en el monto de su mesada pensional, situación que no era fundamento para declarar la ineficacia.

Señaló, que no estaba de acuerdo con la condena a devolver los gastos de administración porque los rendimientos financieros eran propios del RAIS, y cuando se declara la ineficacia lo que se hace es volver las cosas a su estado anterior, es decir, que dichos rendimientos nunca se causaron, porque si se tenía como si nunca

hubiese pertenecido al RAIS pues era ilógico que se beneficiaria de una característica de este; que hoy en día ya no poseen los dineros descontados por gastos de administración y seguros previsionales, porque todos los dineros de la actora fueron trasladados a la AFP Protección.

La **AFP PROTECCIÓN** interpuso recurso de apelación de manera parcial frente a las condenas a devolver los gastos de administración y seguros previsionales, porque en su sentir esto no procedía, pues los gastos de administración eran un descuento autorizado por la Ley 100 de 1993, y opera para ambos regímenes. Además, que en el expediente obraba prueba de los rendimientos financieros generados en favor de la actora donde se evidenciaba la excelente gestión que realizó esa entidad.

Expuso, que trasladar a Colpensiones esos gastos de administración constituye un enriquecimiento sin causa en favor de esa entidad, porque nunca administró esos recursos, no obstante, debe devolver dichas comisiones, más el capital, más los rendimientos financieros, por lo que considera que Protección debe conservar lo descontado por administración dada además su excelente gestión; que si los efectos de declarar la ineficacia es que el negocio jurídico nunca existió, pues era obvio que los rendimientos financieros tampoco, tal como lo sostiene la tesis de las prestaciones acaecidas.

Indicó, frente a las primas del seguro previsional que estas ya fueron canceladas a un tercero puntualmente una aseguradora, que durante la vinculación de la actora la protegió de los riesgos de invalidez y muerte, lo cual se hace por ministerio de la ley y no por capricho de las AFP. Además, que estas sumas al ser descontadas de forma periódica y no estar destinadas a financiar la pensión, gozan del fenómeno de la prescripción trienal.

COLPENSIONES no interpuso recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir S.A., y Protección S.A., y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Porvenir S.A. y posteriormente a otras 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 son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora Claudia Patricia López Vargas estuvo vinculada al RPM a través de Cajanal entre el 1° de octubre de 1998, y el 31 de diciembre de 1994 (f.° 110); *ii)* que el **6 de mayo de 1997**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Colpatria hoy Porvenir S.A. (f.° 99); y *iii)* realizó traslados horizontales entre AFPs así:

- A Porvenir S.A. el 5 de marzo de 1999 (f.° 101)
- A BBVA Horizonte el 22 de abril de 2005 (f.° 100)
- A ING hoy Protección el 29 de agosto de 2012, AFP en la que se encuentra actualmente (f. 75 archivo 9 CD f.° 142).

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, 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 –**6 de mayo de 1997**-, 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 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 dentro de la rama judicial, 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, la AFP Porvenir, aportó al expediente el formulario de solicitud de afiliación y traslado suscrito el **6 de mayo de 1997**, 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 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).

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 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 Colpatria a Porvenir, de Porvenir a Horizonte, y de horizonte a ING hoy Protección, 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.

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.**

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 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, 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 condenar a la AFP Porvenir S.A. y a la AFP Protección S.A., a pagar con su propio patrimonio, 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, 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 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 PORVENIR S.A. y 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 NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a pagar con su propio patrimonio y trasladar a Colpensiones, 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. 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.

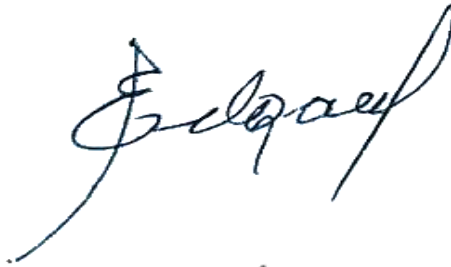
SEGUNDO: ADICIONAR NUMERAL CUARTO de la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a pagar con su propio patrimonio y trasladar a Colpensiones, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados. 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: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Porvenir, y Protección.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

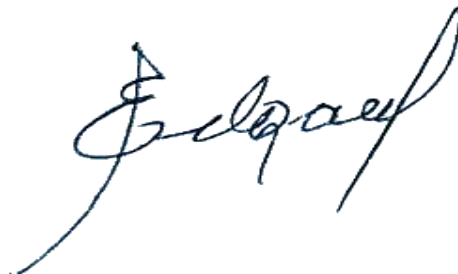


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
(En uso de permiso)

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir, y AFP Protección, 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 SILVIA YOLIMA RODRÍGUEZ
PÉREZ 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 septiembre 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 **SILVIA YOLIMA RODRÍGUEZ PÉREZ**, se **declare** la ineficacia de la afiliación por la cual se trasladó del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) administrado por la AFP Porvenir. En consecuencia, se **ordene** a Porvenir trasladar a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido en la cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos causados durante su permanencia en ese régimen; se **ordene** a Colpensiones activar su afiliación al RPM, aceptar y recibir todos sus aportes provenientes del RAIS; y se **condene** a las demandadas ultra y extra petita y a las costas procesales.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 3 exp. Digital), señaló en síntesis, que en el mes de julio de 1994, se trasladó del RPM al RAIS, cuando recibió en las instalaciones de su lugar de trabajo, la visita de un promotor de

la AFP Horizonte Hoy Porvenir, quien la invitó a trasladarse al RAIS usando argumentos como: i) que el régimen de ahorro individual le permitiría pensionarse de manera anticipada a cualquier edad, bajo una modalidad en la cual accedería a una mesada pensional superior en su cuantía a la pensión que pudiera recibir en el ISS; ii) que el ISS se iba acabar y la única posibilidad de recuperar el dinero aportado en el RPM era afiliándose al RAIS y convirtiendo esos aportes en un Bono Pensional; y iii) que el trámite del Bono se efectuaría dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de traslado al RAIS, para obtener la redención y pago del bono pensional, para ser acreditado con la cuenta de ahorro individual, el cual empezaría a generarle rendimientos financieros hasta el momento de obtener la pensión, y que por estas razones suscribió el 22 de julio de 1994 formulario de afiliación a Horizonte.

Narró, que el asesor de esa AFP faltó a su obligación legal de brindarle información suficiente, objetiva y clara puesto que no le puso de presente los efectos jurídicos que acarrearía esta decisión para su futuro pensional; que no le explicaron sobre los dos regímenes pensionales, de manera que pudiera conocer otra alternativa más favorable, y así comprender todas las etapas del proceso de traslado de régimen, desde la antesala de la afiliación al RAIS hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional en ese régimen; que no le indicaron que el valor de su mesada pensional iba a depender de su edad y la de su grupo familiar pues tendrían que determinar la expectativa de vida de los beneficiarios en caso de una sustitución de pensión, de las variables económicas del mercado financiero, de la redención del bono pensional, del capital acumulado a la fecha del cálculo y de la tasa de rentabilidad esperada del fondo especial de retiro programado a largo plazo, pues simplemente se limitaron a decirle que su pensión iba ser superior a la del RPM; que tampoco le indicaron que antes de los 47 años de edad tenía la posibilidad de retornar a Colpensiones.

Expuso, que la mesada pensional ofrecida en el RAIS correspondía en promedio solo al 49,29% del IBL calculado sobre los últimos 10 años de aportes; que petitionó ante Colpensiones y Porvenir la ineficacia de la afiliación al RAIS, pero que ninguna de las entidades en mención accedió a sus peticiones.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 10 exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos solo aceptó el que tiene que ver con la reclamación administrativa; frente a los demás, señaló que no le constaban por

corresponder a un tercero. Propuso como excepciones las de perfeccionamiento actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad, e innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (archivo 7 exp. Digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos refirió a unos que no le constaban por corresponder a un tercero y a otros que no eran ciertos; aclaró, que la asesoría otorgada se hizo de acuerdo con lo exigido legalmente en aquella época, entregando información clara que permitiera a las personas tomar una decisión informada y transparente, con elementos de juicio suficientes; que el deber de información también estaba en cabeza de la demandante, quien tuvo oportunidad de indagar y verificar la información sobre su situación pensional, toda vez que la normativa que rige el Sistema General de Seguridad Social es de público conocimiento. Formuló las excepciones de fondo 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 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 27 de septiembre de 2021 (f.º 135-139), resolvió:

PRIMERO: Declárese ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante señora SILVIA YOLIMA RODRÍGUEZ PÉREZ (...) del régimen de prima media con prestación definida administrado por el extinto del Instituto de Seguros Sociales al régimen de ahorro individual administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, a partir del 1º de agosto de 1994, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: Declárese válidamente vinculada a la demandante señora SILVIA YOLIMA RODRÍGUEZ PÉREZ al régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a lo expuesto.

TERCERO: Condénese a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A a devolver todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración por el lapso en que permaneció en dicha administradora desde el 1º de agosto de 1994 y hasta que se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por administración los cuales deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados.

CUARTO: Ordénese a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, 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.

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

Fundamentó su decisión, en que se encontraba probado que la demandante nació el 11 de agosto de 1963; que cotizó 708.4 semanas al RPM entre el 2 de enero de 1981, y el 31 de julio de 1994; que el 22 de julio de 1994, se trasladó al RAIS a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., y que aportó un total de 2.058 semanas al sistema general de pensiones.

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; 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, Porvenir 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 Porvenir 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.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR** interpuso recurso de apelación argumentando que en este proceso a través del interrogatorio de parte se logró demostrar que la demandante tenía elementos de juicio y conocimientos para tomar una decisión frente a su traslado de régimen pensional, y podía valorar cuál de los dos regímenes le convenía más; y que como la demandante realizó aportes voluntarios ello indicaba que tenía una clara intención de pertenecer al RAIS.

Consideró, que para la data del traslado las AFP no tenían un deber de información establecido en los términos que existen en la actualidad, y que por encontrarse en una primera etapa de esa obligación era claro que, si había cumplido el mismo, pues para ello se suscribió el formulario de afiliación y se dio una asesoría verbal a la potencial afiliada, de manera que condenarla con las exigencias que la jurisprudencia ha planteado va más allá de las posibilidades que tiene esa AFP de probar.

Refirió, que los descuentos por gastos de administración se realizaron por ministerio de la ley; que estos también los hace Colpensiones, razón por la que devolverlos constituiría un enriquecimiento sin causa en favor de esa entidad, porque este dinero no hace parte de los recursos para reconocer la pensión de vejez.

Expuso, que la demandante durante los aproximadamente 27 años de vinculación por Porvenir a estado asegurada para los riesgos de invalidez y muerte, y que obligarla a devolverlos a Colpensiones, sería como pensar que la actora nunca estuvo protegida por esas contingencias, y que no tendría cobertura de una pensión de invalidez o de sobrevivientes en dado caso.

Solicitó, que no se ordene la devolución de estos conceptos, como quiera que ellos ya cumplieron una función dentro del historial pensional de la actora y ya se causaron.

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación considerando que en este caso existen unos actos de relacionamiento de la demandante con el fondo privado, tales, como recibir los extractos de su cuenta individual, actualizar sus datos en el sistema de Porvenir y estar allí por más de 25 años sin presentar objeción alguna, por lo que en su concepto convalido su afiliación al RAIS y su voluntad de permanecer en ese régimen.

Expuso, frente al deber de información que la actora perfectamente podía acudir a la Ley 100 de 1993 que es de público alcance, para conocer todo acerca de los dos regímenes pensionales, por lo que no era viable ahora alegar el desconocimiento de la norma.

Señaló que la actora no ejerció su derecho de cambio de régimen antes de concluir 47 años de edad y cuando lo hizo ya se encontraba inmersa en la prohibición legal de que trata el literal e) del artículo 2 de la Ley 797 de 2003; que Colpensiones no podía recibir los aportes de una afiliada que dejó de pertenecer al RPM por más de 25 años, porque ello vulneraría el principio de la sostenibilidad financiera y el de los afiliados que si vienen aportando a este fondo desde hace algún tiempo.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir S.A. y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última en lo que no fue objeto 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 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 los siguientes supuestos fácticos: i) que la señora Silvia Yolima Rodríguez Pérez se afilió al ISS donde aportó desde 2 de enero de 1981, hasta el 31 de julio de 1994, un total de 708,4 semanas (f.º 56 archivo 7 exp. Digital); ii) que el **22 de julio de 1994**, se trasladó al RAIS mediante

la suscripción de un formulario de vinculación con Horizonte hoy Porvenir S.A. (f.º 46 archivo 7 exp. Digital) AFP en la que se encuentra actualmente; y *iii*) se afilió a pensiones voluntarias con BBVA Horizonte mediante un formulario suscrito el 14 de febrero de 2011 (f.º 47 archivo 7 exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, 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).

Así mismo, ha indicado esa Corporación 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 la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia 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 –**22 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.

Conforme lo anterior, la AFP Horizonte hoy 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).

La AFP Porvenir, aportó al expediente el formulario de solicitud de afiliación y traslado suscrito el **22 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 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).

Y del interrogatorio de parte rendido por la actora, advierte la Sala que una vez escuchado el audio en su integridad se encontró que la señora Rodríguez Pérez señaló que cuando se trasladó a la AFP Horizonte (22/07/1994), se encontraba laborando y los visitó un asesor para hacer traslados de fondo de pensiones, que la entrevista con ella duró entre 15 a 25 minutos máximo, explicándole que iba a tener una pensión digna, justa y en condiciones mucho mejores a las del ISS; que esta última entidad se iba a acabar y que cuando ella llegara a la edad de pensión no tendría quien se la pagara, que los aportes realizados al ISS pasarían a Porvenir como un bono pensional, que los asesores de Porvenir continuaban yendo a su lugar de trabajo a dar asesorías pero siempre repetían lo mismo, y que en alguna oportunidad le explicaron sobre los aportes voluntarios; que los realizó para tener un ahorro, por disminuir retenciones en la fuente, y poderlos invertir en vivienda, pero que posterior a ello tuvo que retirarlos. Las demás preguntas y respuestas se realizaron sobre asuntos posteriores a la data del traslado.

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 los aportes realizados al ISS pasarían al RAIS a través de un bono pensional, y que con posterioridad tuvo conocimiento de los aportes voluntarios y los realizó conforme la prueba documental en el año 2011, NO implica que hubiese confesado que el asesor **en julio 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 Horizonte hoy Porvenir S.A. debía probar en este proceso y no lo hizo.

De otro lado, no podría sostenerse que al haber permanecido la actora en el mismo fondo desde 1994, era porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demostraba 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).

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**.

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, 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 condenar a la AFP Porvenir S.A., a pagar con su propio patrimonio, 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, 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 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 adelante.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES, y 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,

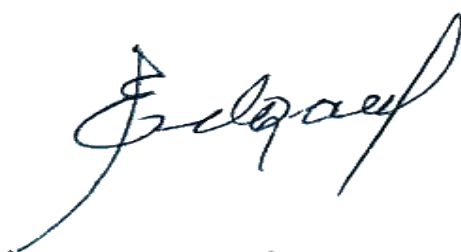
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a pagar con su propio patrimonio y trasladar a Colpensiones, 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. 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: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Porvenir, y Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

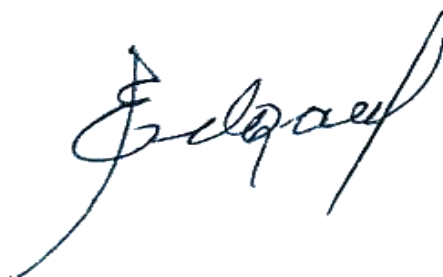


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
(En uso de permiso)

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 cada una.

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

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 JAIME MOLINA PÁEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre 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 **JAIME MOLINA PÁEZ** se declare la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS). En consecuencia, se **condene** a la AFP Porvenir S.A., devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus rendimientos e intereses, conceptos que deben ser indexados; se **ordene** a Colpensiones recibirlo en el RPM, y reactivar su afiliación; se **condene** al pago de las costas y agencias en derecho y se haga uso de las facultades ultra y extra petita.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 1 y 3 exp. Digital), señaló en síntesis, que se afilió al régimen de prima media administrado por el ISS el 19 de julio de 1984, donde permaneció hasta el 30 de junio de 2001; que se trasladó al RAIS por medio de la AFP Porvenir S.A. donde viene cotizando desde el 1° de julio de 2001, hasta la fecha; que el asesor de la AFP no le suministró la

información necesaria para tomar la decisión, induciéndolo en error; que el 10 de diciembre de 2019, solicitó a Colpensiones y a Porvenir realizar todos los trámites necesarios para que se activara su afiliación en el RPM, pero ambas entidades emitieron respuesta negativa a esa petición; y que según sus cálculos la mesada pensional en el RAIS sería de 3.88 SMMLV mientras que en el RPM equivaldría a 5.68 SMMLV.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó (archivo 5 exp. Digital), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó la vinculación al ISS, e indicó que allí solo cuenta con 65,42 semanas; que 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, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado prescripción y la innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (archivo 8 exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el actor inició cotizaciones a esa AFP desde julio de 2001; que a febrero de 2020, tenía 947.1 semanas; que petitionó la activación de su afiliación al RPM, la cual fue negada; frente a los demás, manifestó que no le constaban por corresponder a otras entidades o que no eran ciertos, aclarando que informó al actor de manera completa y suficiente acerca de las características y beneficios que componían al RAIS para que tomara una decisión libre y voluntaria acerca del fondo que más se adaptara a sus intereses; que con independencia de la información otorgada al momento del traslado, las condiciones, características, ventajas y desventajas del RAIS se encontraban establecidas en la Ley 100 de 1993, por lo que el demandante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información otorgada y demás aspectos que considerara necesarios.

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

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 6 de octubre de 2021 (archivos 11-12 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 JAIME MOLINA PÁEZ a través de PORVENIR S.A. de fecha 31 de mayo de 2001.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, 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.

CUARTO: ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir al demandante JAIME MOLINA PÁEZ 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.

QUINTO: 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.

SEXTO: 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; que la validez del acto del traslado debía verificarse al momento en que este se realizó; que para el caso lo había sido el 31 de mayo de 2001, encontrándose en la primera etapa del mencionado deber, por lo que 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 no había prueba que acreditara el deber de información, porque se allegó el formulario de afiliación, el cual no era prueba del cumplimiento del mencionado deber, que a lo sumo acreditaban un consentimiento, pero no informado; que del interrogatorio de parte rendido por el actor no se podía extraer que se le hubiese dado una ilustración clara y suficiente sobre las características de cada uno de los regímenes pensionales, las diferencias entre estos, con sus ventajas y desventajas, que si bien él había manifestado que se le había informado que podía pensionarse antes de la edad requerida y con el monto que él quisiera, lo cierto era que para ello se debían cumplir unos requisitos que no le fueron explicados.

Advirtió, que bajo ese panorama declararían ineficaz el traslado de régimen pensional realizado el 31 de mayo de 2001, a través de Porvenir S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso contra la sentencia argumentando que debe tenerse en cuenta el principio de la relatividad jurídica, porque esa entidad es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre la demandante y Porvenir, el cual solo tiene efectos inter-partes, por lo que la decisión de los jueces no puede afectar a esa entidad con la misma. Solicitó que no se ordene a esa entidad recibir a la demandante en el RPM porque esa decisión afecta gravemente el equilibrio financiero del sistema, generando un impacto económico en las reservas pensionales.

Peticionó, que en caso de mantenerse la decisión de recibir a la actora en el RPM, se condene a la AFP que omitió el deber de información a pagar a Colpensiones los perjuicios económicos generados, ello en virtud de la teoría del daño, esto es, quien causa un daño debe repararlo y no un tercero como lo es Colpensiones.

PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia argumentando que el traslado de régimen pensional del actor se dio en cumplimiento a las normas vigentes para esa época, pues este suscribió un formulario de afiliación con Porvenir que cumplía con los requisitos de ley, ya que había sido aprobado por la Superintendencia Bancaria.

Sostuvo, que el señor Molina era una persona capaz legalmente, pues había tenido contacto con los asesores de Porvenir en varias oportunidades; que de los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, no podía colegirse que el consentimiento debía ser informado; que la norma solo hace alusión a un traslado libre y voluntario sin ningún grado de coacción por alguna persona natural o jurídica y se establece una sanción si ello no era así, pero que esta no podía afectar derechos sustanciales, por lo que en su entender esas normas no desarrollaron el deber de información y no era dable colegir el alcance del consentimiento informado.

Arguyó que el Decreto 556 de 1994, creó obligaciones para las AFP, pero en el mismo no se hizo alusión al deber de información; que si bien el Decreto 663 de 1993, indica que debía darse elementos de juicio para elegir las mejores opciones del mercado, este estaba dirigido a los usuarios del RAIS y no del RPM; que de acuerdo con las normas esa obligación nace con el Decreto 2555 de 2010, y los expedidos con posterioridad, por lo que concluyó que en este asunto para mayo de 2001 no tenía en su cabeza el deber de información.

Expuso, que eventualmente si informó al actor de forma general sobre el RAIS, y ello se podía evidenciar en el interrogatorio de parte rendido por el demandante, porque allí confesó que tuvo varias asesorías con Porvenir; que los requisitos para acceder a la pensión eran diferentes, que los recursos se invertían en portafolios lo que generaba una rentabilidad, y que podía hacer aportes voluntarios.

Indicó, que el señor Molina también tenía un deber de informarse sobre el acto jurídico del traslado y sus consecuencias, el cual nunca cumplió pues el cambio de régimen fue en el 2001, y fue solo hasta 2019, que se acercó a la AFP porque tenía dudas sobre lo que sería el monto de su pensión, además que no realizó gestión alguna para retornar al RPM, por lo que esa nunca fue su intención; que si bien el actor podía catalogarse como un afiliado lego en la materia, ello no lo eximía de informarse de un asunto tan importante como su futuro pensional.

Esgrimió, que la verdadera motivación del promotor del litigio para retornar al RPM es económica, pues señaló que en el RAIS su mesada sería de un SMMLV mientras que en el RPM será bastante superior y estaría directamente proporcional a sus ingresos. Agregó, que en caso de confirmarse la decisión en el asunto de la ineficacia, solicita se revoque en lo que tiene que ver con los gastos de administración, porque si el efecto de esa figura es volver todo a su estado anterior, pues sencillamente los rendimientos financieros no se causaron y no debe

entregarse a Colpensiones, o mejor devolver solo los rendimientos sin los mencionados gastos de administración, pues los primeros son producto de la buena gestión de la AFP, pues de no ser así, no existirían esas utilidades.

Argumentó, que conforme el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, los gastos de administración se descuentan en ambos regímenes pensionales y en las AFP ello se utiliza para gestionar los aportes del afiliado y generar rendimientos, por ende, ese concepto no puede ser trasladado a Colpensiones, primero porque no financian directamente la pensión y segundo porque no realizó gestión alguna respecto de esos aportes, pero si se está quedando con los frutos de esta.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir S.A., y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad 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., 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 los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor JAIME MOLINA PÁEZ se afilió al ISS donde aportó desde el 19 de julio de 1984, hasta el 30 de junio de 2001, de 437,71 semanas (f.º 40-46 archivo 5 exp. Digital); y *ii)* que el **31 de mayo de 2001**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir S.A. (f.º 53-54 archivo 8 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, 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 –31 de mayo de 2001-, 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 31 de mayo de 2001, 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).

De otro lado, respecto a la presunta confesión que realizó el demandante en su interrogatorio de parte, a la que hace referencia la apoderada de Porvenir, advierte la Sala que una vez escuchado el audio en su integridad se encontró que el señor Molina, señaló que cuando se trasladó a la AFP Porvenir (31/05/2001), laboraba para el Banco de Bogotá, quien le daba la oportunidad de ser analista si se afiliaba a Porvenir y renunciaba al Sindicato de trabajadores, que en ese momento hubo una visita de los asesores de esa AFP a su oficina, que ellos no le dieron claridad sobre el fondo que promocionaban ni sobre los beneficios que tenían, sin embargo se trasladó porque quería ser analista, que le preguntó al asesor sobre cómo se liquidaba la pensión y le dijeron que el método era diferente pero que era muy similar sin entrar en detalles, que él notó que los muchachos eran muy nuevos que no conocían el sistema, que ellos le dijeron que Colpensiones iba a desaparecer y que esa AFP tenía el respaldo del Banco de Bogotá, que los recursos que recibía los ponían en portafolios y que eso iba a dar muy buena rentabilidad con el fin de beneficiar el monto de la pensión, que eso le generó confianza. Las demás preguntas giraron en torno a situaciones posteriores a la data del traslado.

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 accionante hubiese señalado que en

el RAIS los aportes se ponían en portafolios para generar renta y que la liquidación de la misma era por un método diferente, **NO** implica que hubiese confesado que ese asesor en mayo de 2001 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.

Ahora, los actos u omisiones posteriores del afiliado 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 afiliado no haber retornado al RMP, 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:

*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).

[...]

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 expone en los hechos de su demandada que la prestación de vejez le resulta más favorable en el RPM que en el RAIS, 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 la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ella le 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, 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 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 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 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, 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:

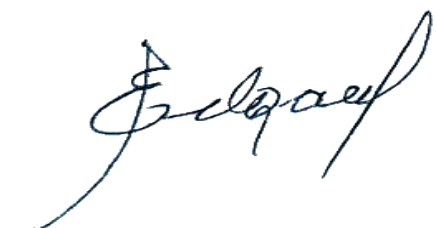
PRIMERO: ADICIONAR NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación del demandante JAIME MOLINA PÁEZ, desde el 1° de julio de 2001, 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.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

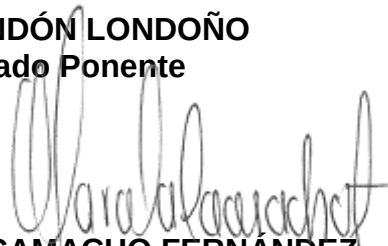
TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EXPEDIENTE No. 32202000408-01



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



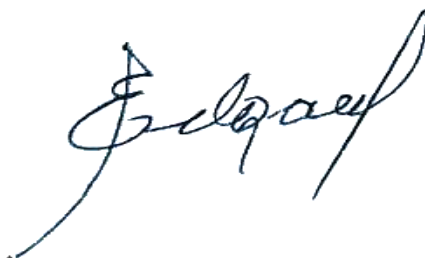
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

(En uso de permiso)

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**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARMEN HENERIETH RODRÍGUEZ CHITIVA 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 septiembre 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 **CARMEN HENERIETH RODRÍGUEZ CHITIVA**, se deje sin efecto jurídico alguno la afiliación por ella efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) efectuado a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se condene a Colpensiones a tenerla como afiliada al régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) como si nunca se hubiera trasladado, en virtud del regreso automático; se **condene** a las demandadas ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 1 exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 6 de noviembre de 1964; que entre el 24 de octubre de 1985, y el 30 de agosto de 1999, estuvo cotizando al ISS; que en el mes de julio de 1999, los asesores de la AFP Porvenir S.A., motivaron su traslado de régimen pensional, bajo un acoso sistemático, ofreciéndole beneficios superiores a los que supuestamente podía obtener con el RPM al momento de pensionarse, tales como,

una mesada superior a la que recibiría con el ISS, en un tiempo mucho menor sin interferir con la mesada pensional, o que de ser necesario se haría la devolución de su dinero si quería pensionarse antes; que el ISS se iba a liquidar y le cuestionaron acerca de quién le respondería su pensión.

Indicó, que se siente asaltado en su buena fe no solamente por la falta de información, sino porque en ningún momento le manifestaron que el traslado le generaría perder los beneficios que le ofrecía el RPM; que Porvenir tiene la carga de demostrar que cumplió con el deber de ofrecerle la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de Régimen Pensional, así como los beneficios, y consecuencias de este.

Expuso, que viene cotizando al RAIS desde el 1° de septiembre de 1999, y hasta la fecha, acumulando a octubre de 2020 un total de 1.103,57 semanas; que Porvenir le realizó una simulación pensional donde le ofrece una mesada de un SMMLV; que presentó ante Colpensiones derecho de petición solicitando el traslado de los aportes realizados a Porvenir S.A., pero esa entidad negó la misma, por encontrarse a menos de 10 años para cumplir la edad mínima de pensión; que igualmente pretendió ante Porvenir el traslado al RPM, entidad que le comunicó que se encontraba imposibilitada para realizar dicho traslado.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 9 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 aportó a este hasta el 30 de agosto de 1999, sufragando 463 semanas; que la demandante presentó derecho de petición y se le dio respuesta negativa por estar inmersa en la prohibición legal de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, así como tampoco cumplir con los requisitos señalados en la sentencia CC SU-062 de 2010 y CC SU-130 de 2013; frente a los demás, señaló que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones de fondo, las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, 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 y la innominada o genérica.

La AFP Porvenir S.A., contestó (f.º 1-22 archivo 8 exp. digital) oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su traslado al RAIS mediante formulario de afiliación diligenciado el 26 de julio de 1999, con efectividad a partir del 1º de septiembre de ese mismo año, la simulación pensional realizada, el derecho de petición radicado y la respuesta emitida; frente a los demás, manifestó que no le constaban por corresponder a otra entidad y a otros que no eran ciertos; aclaró, que el asesor comercial brindó una asesoría clara, veraz y oportuna, para que ella tomara una decisión fundamentada en elementos de juicio objetivos, tal como lo dispone el numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, respecto a las condiciones pensionales en los dos regímenes, sobre las características de cada uno y diferencias entre los dos, así como las consecuencias de su traslado.

Explicó, que la actora si podía pensionarse de manera anticipada tal como se le indicó en esa oportunidad; que también se le había informado sobre el régimen de transición pensional, que el monto de su pensión dependería del capital aportado en su cuenta individual (110% del valor del salario mínimo y sometida a la realización de un cálculo actuarial); que podría realizar aportes voluntarios, periódicos u ocasionales, a su cuenta; que tendría derecho a bono pensional, si había aportado 150 semanas antes del traslado de régimen pensional; que su vinculación al RAIS era completamente voluntaria; que uno de los beneficios más importantes del RAIS era que en caso de que el afiliado muriera y no cumpliera con el capital para pensionarse, sus herederos podrán disponer de ese capital; en caso de no completar el capital necesario para la pensión y si contaba con 1150 semanas de cotización, podría acceder a la garantía de la pensión mínima, si el monto de su pensión llegaba a ser superior al 70% de su Ingreso Base de Liquidación, podría disponer de sus excedentes de libre disposición. Igualmente, se le explicaron las características del RPM, y la forma de acceder a las prestaciones correspondientes.

Formuló, las excepciones de fondo 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 Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 30 de agosto de 2021 (archivo 15-16 exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por CARMEN HENERIETH RODRÍGUEZ CHITIVA, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP PORVENIR S.A., y como consecuencia de ello, se ordene a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos.

SEGUNDO: CONDENAR a las AFP PORVENIR S.A. a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión de la actora por los gastos de administración, conforme al tiempo que éste permaneció afiliado, tal como se advirtió en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a volver a afiliar a CARMEN HENERIETH RODRÍGUEZ CHITIVA al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a la sociedad administradora de pensiones y cesantías PORVENIR S.A.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada AFP PORVENIR S.A., por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$2.000.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas, sin costas a cargo de COLPENSIONES.

QUINTO: En caso no ser apelada la presente decisión se remitirá el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que se estudie en grado jurisdiccional de consulta.

El Juzgado de primera instancia, **basó su decisión fundamentalmente** en que la señora Rodríguez se trasladó del RPM al RAIS a través de la AFP Porvenir a partir del 1° de julio de 1999, por lo que haciendo referencia a las diferentes sentencias relacionadas con la ineficacia del traslado que ha proferido la CSJ Sala de Casación Laboral, indicó que la carga de demostrar que informó a la afiliada de manera clara, completa, veraz y suficiente recaía sobre la AFP Porvenir 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 Porvenir 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; que 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 Porvenir S.A., no cumplió con su carga de demostrar que brindó una ilustración a la actora en los términos antes señalados para el año 1999, lo que conllevaba a la ineficacia del traslado al RAIS, realizó a través de esa AFP.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que cada caso debe analizarse de manera particular; que la demandante no podía estar exonerada del deber que tenía de ilustrarse frente a la decisión de cambio de régimen pensional, porque ella no se encontraba disminuida para celebrar actos y contratos, teniendo en cuenta que de su elección dependía su futuro pensional, por lo que consideraba que había sido negligente en ese aspecto.

Explicó, que la demandante tampoco había hecho uso de los mecanismos legales para retornar al RPM, tales como el derecho de retracto o la rescisión, por lo que debe analizarse esta situación y aplicarse la ley.

Mencionó el principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional, y que el interés general debe primar sobre el particular, porque la declaratoria de ineficacia aquí decretada afecta el patrimonio público, por cuanto tendría que pagarse una pensión a una persona que realizó un ahorro de forma individual el cual no es suficiente para financiar su prestación, además que no ayudo a costear las pensiones de los afiliados del RPM.

La **AFP PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación señalando que la vinculación de la actora con esa AFP fue válida y eficaz, porque para ello firmó un formulario de afiliación en 1999, único documento que se requería para el cambio de

régimen pensional para esa época; que si bien el deber de información a existido desde la creación del RAIS, este ha tenido un desarrollo legal y jurisprudencial progresivo, no obstante considera que no se realizó una adecuada interpretación de la norma vigente a esa data, porque la Ley 100 de 1993, y el Decreto 663 de 1993, determinaban que se debían exponer características del régimen, pero enfocado en impedir la coacción en la escogencia del régimen pensional; por lo tanto, aspectos relacionados con realizar comparación entre el RPM y el RAIS, analizar el caso en particular, hacer proyecciones pensionales, o el buen consejo, son obligaciones que nacieron de manera posterior, por lo que en aras del principio de la irretroactividad de la norma no podía exigírsele a las AFP estos.

Peticionó, que se respete la voluntad de las partes y se le de el valor probatorio que merece el formulario de afiliación que la actora suscribió, porque este demuestra el cumplimiento de los requisitos vigentes para ese momento y el interés de la demandante de pertenecer al RAIS y acogerse a todas las particularidades propias del mismo.

Esgrimió, que la inconformidad de la promotora del litigio giraba en torno al valor de su mesada pensional, situación que no es suficiente para declarar la ineficacia del traslado, porque para esa data era imposible determinar si la actora iba lograr una mesada pensional ya que le faltaban más de 20 años para causar el derecho; además, que el legislador creo dos regímenes pensionales con diferentes características y formas de financiación, por lo que la diferencia en la tasa de reemplazo al momento de liquidar las prestaciones en el RPM y en el RAIS, es un tema autorizado por la Ley 100 de 1993, que no debería conllevar a la ineficacia del traslado.

Frente a la condena a devolver los gastos de administración, dijo que en virtud de las restituciones mutuas resultaba contradictoria la misma, por cuanto al declararse la ineficacia se deja sin efectos el traslado de régimen y se condena a las AFP a devolver los gastos de administración, supuesto bajo el cual no tendría derecho a los rendimientos financieros generados por la gestión de Porvenir, por lo que considera desigual y desproporcionado ordenarle reintegrar a Colpensiones los gastos de administración y los rendimientos financieros.

Estimó, que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, fijaba cuales eran los aportes y como se distribuían, estableciendo que *«en el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía*

de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes», por lo que Porvenir realizó esos descuentos amparado en la norma en mención, además de haber realizado una excelente gestión con los aportes de la señora Rodríguez, por lo que solicita se absuelva de reintegrar los gastos de administración.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la AFP Porvenir y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última 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 con solidaridad que hizo la 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 la demandante en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión que: *i)* la señora CARMEN HENERIETH RODRÍGUEZ CHITIVA se afilió al ISS donde aportó desde el 24 de octubre de 1985 hasta el 31 de julio de 1999, 463,86 semanas (f.º 26-29 archivo 8 exp. Digita); y *ii)* que el **26 de julio de 1999**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir S.A. (f.º 24 y 33 archivo 8 exp. digital), el cual se hizo efectivo a partir del 1º de septiembre del mismo año, AFP en la que se encuentra aportando 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 –26 de julio 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 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 26 de julio 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 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 guardo silencio durante su vinculación al RAIS, porque se trasladó entre fondos privados, 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 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, 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 condenar a la AFP Porvenir S.A., a pagar con su propio patrimonio, 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, 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 avante.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas Colpensiones, y AFP Porvenir, 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,

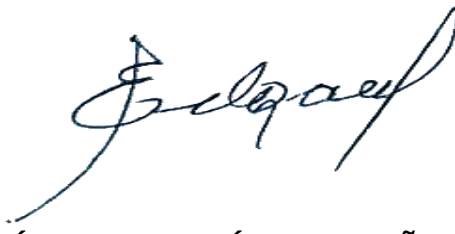
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a pagar con su propio patrimonio y trasladar a Colpensiones, 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. 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.

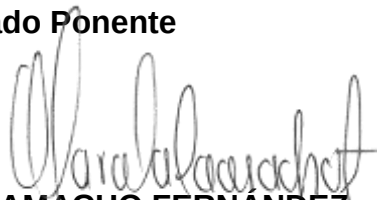
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones, y AFP Porvenir.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

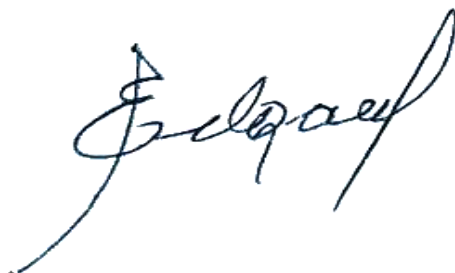


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

(En uso de permiso)
EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

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

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Édgar', with a stylized flourish extending from the end.

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 MYRIAM GÓMEZ CADENA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS, Y ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C., a los treinta (30) días del mes de septiembre 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 **MYRIAM GÓMEZ CADENA** se **declare** la nulidad e ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), realizado a través de la AFP Colfondos S.A. y posterior afiliación a Protección, por el incumplimiento a su deber legal de información y asesoría. En consecuencia, se **condene** a la AFP Protección a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar; se **ordene** a Colpensiones activar su afiliación al RPM como si nunca se hubiese trasladado de régimen, y recibir el capital; se **condene** a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho y se haga uso de las facultades ultra y extra petita.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 1-11 exp. físico), señaló en síntesis, que nació el 2 de julio de 1960; que se afilió al ISS el 9 de agosto de 1989, en donde aportó 374,43 semanas; que el 21 de enero de 1997, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario con la AFP Colfondos cuando ingresó a

laborar para Colseguros, porque en recursos humanos le indicaron que la afiliación a esa AFP era necesaria porque esta hacia parte del grupo empresarial de la compañía, que no recibió asesoría ni acompañamiento por parte de Colfondos en ese proceso.

Narró, que Colfondos no desplegó ninguna actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras del traslado al RAIS, que omitió darle una información completa y clara sobre los efectos y las consecuencias de dicho traslado, así como de las características de ambos regímenes pensionales, ni le explicaron la posibilidad que tendría de pensionarse en cada uno de ellos; y que Colpensiones no le informó sobre su decisión de traslado.

Expuso, que el 30 de noviembre de 2006, se vinculó a la AFP Santander hoy Protección, entidad que tampoco le informó las características de los dos regímenes pensionales, ni siquiera las del RAIS, ni le entregó proyección pensional que le permitiera conocer el valor aproximado de su pensión de vejez, y tampoco le indicó que podía retornar al RPM antes de cumplir 47 años de edad.

Expresó, que la AFP Protección en abril de 2018, le informó que su mesada pensional sería de \$1.641.239; que conforme la liquidación realizada por la firma Addeco SAS su mesada pensional en el RPM equivaldría a \$2.667.172; que el 30 de octubre de 2018 solicitó ante Colfondos y Protección anular la afiliación a cada fondo respectivamente, a lo que solo Colfondos dio respuesta de manera negativa; que el 23 del mismo mes y año petitionó ante Colpensiones la activación de su afiliación al RPM por existir vicio en el consentimiento en su afiliación al RAIS, pero que esa entidad le comunicó que no era posible acceder a la misma.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 229-249 exp. Físico), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, su afiliación al ISS y las semanas allí aportadas, la data de traslado al RAIS, que presentó una petición de activación de su afiliación al RPM y que la misma fue negada; frente a los demás señaló, que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones de fondo, 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.

COLFONDOS S.A., contestó (f.º 96-114 exp. físico), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la data del traslado al RAIS a través de esa AFP, que solicitó la anulación de su traslado a esa entidad pero que la misma fue negada; frente a los demás expuso a unos que no le constaban por corresponder a otras entidades y a otros que no eran ciertos; aclaró, que sus asesores antes, durante y después de la eventual afiliación, brindan de manera clara, concisa, pertinente, veraz, y comprensible sobre todos y cada uno de los aspectos propios del RAIS, las ventajas y desventajas entre ambos regímenes, con el fin de que la demandante comprendiera las implicaciones de su decisión; y que no le constaba las circunstancias de modo y lugar en que se llevó a cabo el traslado de la actora, ni los motivos del mismo, ya que no le era posible traer a tiempo presente la conversación que sostuvieron el asesor y la señora Gómez hacia 22 años atrás, por lo que se atenía a lo probado en juicio.

Formuló, las excepciones de mérito de falta de legitimación en la causa por activa, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligaciones a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos, e innominada o genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó (f.º 158-171 exp. físico), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante; que se trasladó a ese fondo mediante la suscripción de formulario de afiliación el 30 de noviembre de 2006; que realizó una simulación pensional y que la señora Gómez solicitó la anulación de la afiliación a esa entidad; frente a los demás, expuso a unos que no le constaban por corresponder a otras entidades y a otros que no eran ciertos; aclaró, que al momento del traslado puso de presente las características de cada uno de los regímenes pensionales, dentro de las cuales al referirse al RAIS, se le explicó la posibilidad de optar por una pensión a una edad anticipada siempre que cumpliera con el capital requerido, la figura de la garantía de pensión mínima de vejez, todo sobre los excedentes de libre disponibilidad, el factor herencial del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual a falta de beneficiarios de ley, entre otras ventajas y sobre las implicaciones que aparejaba su afiliación al RAIS y los aspectos diferenciadores respecto del RPM.

Propuso las excepciones de mérito, las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, traslado de aportes a Porvenir S.A. (*lapsus calami*), e innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 20 de enero de 2021 (carpeta 6 exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por la señora MYRIAM GÓMEZ CADENA, del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, que se hizo efectivo el 1º de marzo de 1997 con la AFP COLFONDOS S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por mesadas, gastos de administración o cualquier otra.

TERCERO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción y no probada la de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por COLFONDOS S.A.

CUARTO: CONDENAR en COSTAS a PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. Liquídense con la suma de \$900.000 como agencias en derecho, distribuidas a prorrata.

QUINTO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

El Juzgado de primera instancia, **basó su decisión fundamentalmente** en que se encontraba probado que la demandante se trasladó al RAIS el 21 de enero de 1997, a través de la AFP Colfondos; que posteriormente el 30 de noviembre de 2006, se vinculó a la AFP Santander hoy Protección, donde permanece hasta hoy. Indicó, que desde la Ley 100 de 1993, se estableció en cabeza de las administradoras de pensiones la obligación de que cada afiliado escogiera de manera libre y voluntaria entre los dos regímenes pensionales, lo que implicaba un pleno conocimiento por parte del afiliado entre uno y otro régimen.

Señaló, que la omisión del deber de información generaba la ineficacia del traslado de régimen pensional, 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, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo, y que situaciones como la re asesoría no tenían

aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información que se presentó al momento del traslado de régimen, porque la oportunidad para brindar la información era al momento del traslado y no con posterioridad a esa data y, por ende, no podía entenderse saneada irregularidad alguna por el paso del tiempo o de la ratificación que se hubiese hecho con alguna situación dentro de esta vinculación con el RAIS. Agregó, que la firma del formulario de afiliación no era suficiente para verificar cual fue la información recibida y que ello no eximía a las AFP del deber de demostrar o allegar las pruebas que sustentaran esa información, advirtiendo que estas tenían libertad probatoria para hacerlo.

Hizo referencia a la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral relacionadas con la ineficacia del traslado, sosteniendo que para considerar que el traslado estuvo precedido de la voluntad del afiliado se requería que la AFP le hubiese suministrado información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional.

Advirtió, que en el plenario no se había acreditado que la demandante hubiese recibido por parte de las AFP Colfondos y Protección información relacionada con las ventajas y desventajas que conllevaba el cambio de régimen pensional, ya que el único medio de prueba allegado para la fecha del traslado eran los formularios de afiliación, los cuales como ya había indicado, con ellos no se probaba que le hubiesen suministrado una información clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado al RAIS, y que del interrogatorio de parte rendido por la actora tampoco se extraía confesión alguna en ese sentido, lo que constituía una omisión a su deber de información y que conllevaba a declarar la ineficacia del traslado realizado al RAIS por intermedio de Colfondos S.A., ordenando a Protección devolver los aportes de la actora a Colpensiones incluyendo la totalidad de la cuenta de ahorro individual, esto es, cotizaciones, gastos de administración y rendimientos.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PROTECCIÓN S.A.**, interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia de forma parcial frente a la condena de devolver los gastos de administración, argumentando que la comisión por administración y la prima del seguro previsional son descuentos autorizados por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, pues allí se reguló que este descuento correspondía al 3% sobre el 16% de los aportes realizados por cada afiliado al sistema general de pensiones.

Sostuvo, que devolver los rendimientos financieros más lo descontado por gastos de administración, constituiría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones por recibir una comisión que no está destinada a financiar la pensión de vejez de la señora Gómez, adicional a que ya se le está trasladando los rendimientos que fueron fruto de la buena gestión de administración, lo que le otorgaría el derecho a conservar la mencionada comisión como restitución mutua a su favor.

Estimó, que la prima de seguro previsional ya fue trasladada a una aseguradora para que, en caso de haber existido un siniestro de muerte o invalidez, esa compañía cubriera la suma adicional para financiar las prestaciones a que hubiere lugar; que dicha prima se pagó mes a mes durante el tiempo de vinculación de la demandante con esa AFP, por lo que esta imposibilitada para requerir a la aseguradora su devolución para girársela a Colpensiones; que la aseguradora es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver en el contrato suscrito entre la parte actora y Protección.

Refirió, que respecto del 3% destinado a gastos de administración operaba el fenómeno de la prescripción, porque son conceptos que se iban descontando en la periodicidad que imponía la ley, y que no financiaban directamente la prestación económica por vejez, esto de conformidad con los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS.

COLPENSIONES sustentó su recurso de apelación en que el deber de información ha venido variando a lo largo del tiempo, así para el año 1997 si bien la Ley 100 de 1993, regulaba que el traslado debía ser el resultado del conocimiento de las características de ambos regímenes pensionales, lo cierto era que no se exigía hacer comparaciones o simulaciones, máxime que la actora tenía 36 años de edad y 378,43 semanas, siendo imposible para la AFP prever en qué condiciones se realizarían las cotizaciones futuras, por lo que el formulario firmado en esa época resultaba totalmente válido y no había lugar a declarar su ineficacia, pues se había realizado de forma libre, voluntaria y sin presiones entre personas capaces y acorde con el ordenamiento legal.

Manifestó, que el deber de información se cumplió y que ello se demostraba con la firma del formulario de afiliación; que cada caso se debía estudiar de forma particular, porque en este caso la demandante no tenía una expectativa legítima de pensionarse en el RPM, puesto que al 1° de abril de 1994, contaba con 33 años de edad y 236 semanas, por lo que le faltaban 24 años de edad y más de 1000 semanas para acceder a la pensión de vejez.

Sostuvo, que incluso si para el año 1997. la actora no recibió una asesoría adecuada sobre las características de cada régimen pensional, ello se subsanó con el tiempo porque ella permaneció más de 15 años afiliada al RAIS antes de estar inmersa en la prohibición legal consagrada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por ende, tuvo tiempo de sobra para preocuparse de su futuro pensional o para enterarse que el RPM no desapareció, sino que quedó en cabeza de Colpensiones, de lo que concluye que su voluntad era pertenecer al RAIS.

Arguyó, que la demandante era una persona preparada académicamente al momento del traslado, lo cual debe tenerse en cuenta porque la Corte Suprema de Justicia distinguió entre un afiliado lego y uno experto, siendo claro que la promotora del litigio se le facilitaba conocer sus deberes como consumidora financiera y las consecuencias del negocio jurídico que estaban suscribiendo.

Alegó, que aun cuando se ordenó devolver a Colpensiones todas las cotizaciones realizadas en el RAIS, el hecho de reconocer la prestación de vejez en el RPM afectaba el principio de la sostenibilidad financiera del sistema, por lo que si era dable aplicar la prohibición legal consagrada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, en aras de garantizar el mencionado principio.

Finalmente, mencionó que en este asunto no se demostró la existencia de vicios del consentimiento y que no era dable trasladar la carga probatoria a las AFP, porque ello solo es procedente cuando las circunstancias del caso lo ameritan, y en este caso solo se había demostrado la falta de cuidado de la demandante como consumidora financiera.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver los recursos de apelación presentados por Protección S.A., y Colpensiones, así como 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 Colfondos 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 el actor en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora MYRIAM GÓMEZ CADENA se afilió al ISS donde aportó desde el 9 de agosto de 1989, al 31 de enero de 1997, 374,43 semanas (f.º 250-254 exp. físico); *ii)* que el **21 de enero de 1997**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Colfondos (f.º 49 exp. físico), el cual se hizo efectivo a partir del 1º de marzo de 1997; y *iii)* el 30 de noviembre de 2006, se vinculó con Santander hoy Protección S.A. (f.º 177), donde ha venido cotizando hasta la fecha.

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 –**21 de enero de 1997**–, 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 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, 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 Colfondos suscrito el 21 de enero de 1997, 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 Colfondos a Santander hoy Protección, 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.

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» (CSJ SL1565-2022, que reiteró la CSJ SL3719-2021 y CSJ SL5595-2021).

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ella le 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 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, 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 el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar a la AFP COLFONDOS y PROTECCIÓN S.A. el traslado a COLPENSIONES y esta 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, 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 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, 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 Y MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., únicamente en el sentido de **ORDENAR:**

- A **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** 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 la demandante estuvo afiliada a esa administradora, esto es, entre el 1° de marzo de 1997 y el 31 de diciembre de 2006. 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 PROTECCIÓN S.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 enero de 2007, 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.

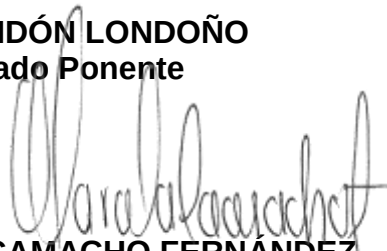
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, y AFP PROTECCIÓN S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

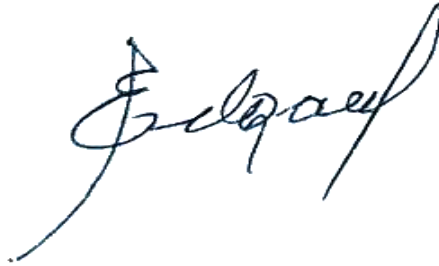


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

(En uso de permiso)
EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

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

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

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 GLORIA AMANDA PAZOS MERA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre 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 **GLORIA AMANDA PAZOS MERA** 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 a través de la AFP Horizonte (hoy Porvenir) y la posterior vinculación a Old Mutual S.A., por incumplimiento de los deberes legales de información y buen consejo. En consecuencia, se **condene** a Old Mutual a trasladar a Colpensiones el capital obrante en la cuenta de ahorro individual, incluido el bono pensional, las sumas adicionales de la aseguradora con todos los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es, con los rendimientos que se hubiesen generado; se **ordene** a Colpensiones activar su afiliación, y reconocerle y pagarle una pensión de vejez a partir del 1° de febrero de 2018, bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, incluyendo las semanas que laboró para la compañía Cora y Cia. Agropiscicola Carolina S.C.A, correspondiente al periodo comprendido entre el 1/04/1990, y el 1/06/1994, las cuales se encuentran en mora de pago; a los intereses moratorios de que trata el artículo 141

de la Ley 100 de 1993; subsidiariamente se disponga la indexación; 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 4-6), señaló en síntesis, que nació el 11 de agosto de 1952; que se afilió al ISS desde el 13 de febrero de 1969, y hasta la data en que se trasladó al RAIS; que entre el 1º de abril de 1990, y el 1º de junio de 1994, laboró para la compañía Cora y Cia. Agropiscicola Carolina S.C.A, la cual omitió la afiliación al ISS y sus aportes a pensión, no obstante, esa empresa el 5 de julio de 2012, solicitó al ISS que procediera a emitir el cálculo actuarial para pagar los aportes en mora, gestión que a la presentación de la demanda se encontraba en trámite.

Narró, que en el mes de septiembre de 2003, se afilió a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., data para la cual tenía 51 años de edad y 487 semanas cotizadas; que pese a ello no le informaron las ventajas que tenía en el RPM, ni la desalentaron para que no se vinculara al RAIS, y menos le manifestaron la posibilidad ni la conveniencia de regresar al RPM; tampoco le pusieron de presente que perdería el régimen de transición, ni los distintos escenarios comparativos entre los dos regímenes pensionales. Agregó que la AFP Horizonte conocía al momento del traslado su edad, las semanas cotizadas, el promedio salarial sobre el cual estaba aportando; sin embargo, no le informó sobre las desventajas que implicaría trasladarse al RAIS.

Expuso, que se trasladó a la AFP Old Mutual, y que cotizó hasta el 30 de enero de 2018, cuando fue retirada del sistema de pensiones, que en las AFPs a las que estuvo vinculada no le ofrecieron una asesoría profesional completa y comprensible sobre las diferentes alternativas para la elección del régimen pensional.

Indicó, que en el año 2018, contrató de forma particular un actuario, quien le informó que en el RAIS su pensión sería de \$2.705.390 debido al capital ahorrado, mientras que en el RPM equivaldría a \$5.436.970; que solicitó a Porvenir y a Old Mutual que anularan el traslado de régimen y a Colpensiones que procediera a reconocerle pensión de vejez por estar viciado de nulidad el traslado al RAIS, pero que ninguna de las entidades en mención accedió a sus peticiones.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 194-205), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la promotora

del litigio, su afiliación al ISS; que agotó la reclamación administrativa; frente a los demás, señaló que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones de mérito, las de error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, petición anticipada, falta de agotamiento de la reclamación administrativa frente a la pensión de vejez, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe e innominada o genérica.

OLD MUTUAL (SKANDIA) contestó (f.º 119-125), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, que aportó al sistema de pensiones hasta el 30 de enero de 2018, y la solicitud realizada a esa AFP; frente a los demás, expuso a unos que no le constaban por corresponder a otra entidad y a otros que no eran ciertos. Aclaró, que siempre ha contado con departamentos especializados, donde capacitan a todos los funcionarios y especialmente a sus asesores comerciales para que puedan explicar de manera satisfactoria las características, particularidades, bondades y limitaciones del RAIS, siendo finalmente el afiliado que en este caso provenía de otra AFP, quien toma la decisión de trasladarse. Formuló como excepciones de mérito, las de buena fe, prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y la genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (f.º 162-183), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora, que nunca la desalentó para que no se vinculara al RAIS; que presentó solicitud de nulidad de traslado; frente a los demás, expuso a unos que no le constaban por corresponder a otra entidad y a otros que no eran ciertos. Aclaró, que de acuerdo con todos los soportes que reposaban en el archivo de esa entidad, la demandante había realizado el traslado de forma libre y espontánea, después de haber recibido una asesoría verbal acerca de las condiciones, beneficios y características del régimen, tal como lo había dejado plasmado con su firma en la leyenda del formulario de afiliación, además que ella tenía acceso a esa información, ya que está contenida en la Ley 100 de 1993.

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

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 6 de agosto de 2021 (f.º 288-290), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO que efectuó el demandante señor GLORIA AMANDA PAZOS MERA del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Horizonte hoy Porvenir S.A., que tuvo como fecha de suscripción el 1º de septiembre de 2003, por las razones expuestas en la parte motiva, y en consecuencia, establecer que la afiliación válida de la demandante corresponde al régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por Colpensiones.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con bonos pensionales, rendimientos financieros, e igualmente costos cobrados por administración, de conformidad con la parte motiva de la decisión.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante señora GLORIA AMANDA PAZOS MERA, la pensión de vejez bajo la luz del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición, a partir del 11 de marzo de 2020; para efectos se tendrá como primera mesada pensional la suma de \$8.629.060 M/Cte, de conformidad a la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, a reconocer y pagar a la demandante señora GLORIA AMANDA PAZOS MERA, el retroactivo de las pensiones causadas desde el 11 de marzo de 2020 hasta el 31 de julio de 2021, por la suma total de \$150.280.257 M/cte, cifra que se estima sin perjuicio de las que se causen con posterioridad. Pago que deberá ser realizado en forma indexada, desde la causación de cada mesada pensional hasta que se realice el pago efectivo de la obligación. Se autoriza a COLPENSIONES para que del valor de retroactivo proceda al descuento que corresponde a los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

SEXTO: ABSOLVER a PORVENIR y a COLPENSIONES de las demás pretensiones invocadas.

El Juzgado, **basó su decisión fundamentalmente** en que se acogía a la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, en donde se fijaron unos parámetros para resolver los casos de ineficacia, considerando que estos se condensan en las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019.

El primer parámetro, era 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, lo que se concluye de la interpretación del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, pues solo

podía entenderse que una decisión era libre y voluntaria cuando estaba precedida de una información suficiente para tomar esa decisión, la cual debe contener por lo menos una 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.

El segundo, que de la firma del formulario de afiliación por parte del afiliado podía colegirse una voluntad, pero ello no podía darle el efecto de que este fue debidamente informado, pues del cumplimiento de este deber, deriva la eficacia o no del traslado. Agregó que en ese sentido ese documento no resultaba suficiente para dar por cumplido ese deber, por lo que las AFP debían acreditar con otros medios de prueba su cumplimiento.

El tercero, referente a que eran las AFP quienes tenían la carga de la prueba de demostrar que atendieron su objeto social con el debido cuidado y diligencia. Y Cuarto, que la línea jurisprudencial de ineficacia aplica para todos los afiliados sin discriminación alguna, por su condición especial o porque tenga alguna expectativa pensional.

Expuso, que en este caso estaba acreditado que la demandante era beneficiaria del régimen de transición en razón a su edad advirtiendo que para el 1° de abril de 1994, contaba también con 697 semanas; que el traslado al RAIS a través del formulario de afiliación suscrito con Horizonte el 1° de septiembre de 2003, data para la que la actora tenía 706 semanas aportadas al RPM y 51 años de edad, de lo que concluyó que le faltaban 4 años para cumplir con el requisitos de la edad establecido en el Acuerdo 049 de 1990. Agregó, que también estaba demostrado que se había realizado un traslado horizontal a la AFP Old Mutual el 19 de noviembre de 2009.

Indicó, que los formularios de afiliación obrantes en el plenario cumplían con todos los requisitos formales exigidos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994; no obstante, de ellos no se podía colegir que el afiliado hubiese sido debidamente informado para tomar la decisión del traslado de régimen; que de la declaración de parte de la actora, no se podía extraer una confesión, pues no se logró establecer que Horizonte hoy Porvenir hubiese entregado la información en los términos aquí exigidos, y menos las propias del RPM, porque en este caso en particular la demandante era beneficiaria del régimen de transición en razón a su edad, situación que el asesor debió advertir e indicarle a la potencial afiliada al ser de vital importancia, porque para la data en que realizó el traslado ya se encontraba inmersa en la prohibición legal de traslado, además que solo le faltaban 4 años para llegar a la edad de pensión exigida por el Acuerdo 049 de 1990, lo que le

permitía concluir que el traslado de régimen de esta se produjo por virtud del periodo de gracia del artículo 2 de la Ley 797 de 2003; es decir, que a sabiendas el asesor avaló el traslado con la consecuencia de que vencido el periodo de gracia ya no podría regresar al RPM, lo cual es contradictorio porque ese periodo de gracia se dio precisamente para no sacrificar los beneficios del régimen de transición, pero en este caso la AFP utilizó esa norma para cercenar ese derecho sin la debida ilustración legal que correspondía, lo que le permitía evidenciar la falta de diligencia y el incumplimiento del deber de información, que si generó una consecuencia jurídica en la señora Pazos totalmente verificable, ello con la pérdida de su régimen de transición.

Explicó, que esa omisión no era subsanable con posterioridad, porque para la época en que realizó el traslado horizontal se encontraba inmersa en la prohibición legal del traslado, de lo que coligió que accedería a la ineficacia del traslado de la actora, y ordenaría a Skandia a devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la señora Pazos.

De otro lado, al estudiar la pensión de vejez, refirió que al ser la actora beneficiaria del régimen de transición la norma aplicable era el Acuerdo 049 de 1990, y que al estar computados los periodos en mora correspondientes al empleador compañía Cora y Cia. Agropiscicola Carolina S.C.A, se determinaba que la demandante al 29 de julio de 2005, fecha en que entró en vigor el Acto Legislativo 01 de 2005, contaba con 810 semanas, por lo que el beneficio del régimen de transición se le extendía hasta el año 2014.

Mencionó, que los requisitos exigidos por la norma en mención para acceder a la pensión de vejez eran 55 años de edad para las mujeres y 500 semanas de cotización en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, o 1.000 semanas en cualquier época, y que estos estaban acreditados, ya que había llegado a esa edad el 11 de agosto de 2007, y sufragó un total de 1461.14 semanas hasta el año 2014; sostuvo, que el disfrute de la misma sería desde el 11 de marzo de 2020, fecha en que se pagó el cálculo actuarial por parte del empleador Cora y Cia. Agropiscicola Carolina S.C.A.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación con el fin de que se modificaran los numerales 3° y 4° del resuelve de la sentencia, en lo que tiene que ver con la fecha de causación y disfrute de la prestación por vejez, porque el ISS-

Colpensiones tuvieron conocimiento de la solicitud del empleador de la liquidación de cálculo actuarial por los aportes omitidos entre 1991 y 1994, es decir, que le notificó a esa entidad la intención de pagar los mismos, siendo negligencia de ella realizar dicho cálculo, por lo que no podía asumir las consecuencias del actuar de Colpensiones, ya que se había radicado varias solicitudes en ese sentido y tardó 8 años en dar trámite a las mismas.

Señaló, que conforme la historia laboral de la demandante en Skandia se acreditaba que esta había cesado sus cotizaciones a partir del 30 de enero de 2018, data para la cual ya tenía más de 55 años de edad y, por ende, tenía derecho al reconocimiento y pago de su pensión de vejez a partir del día siguiente, es decir, desde el 1° de febrero de 2018, calenda desde la que debe empezarse a pagar la prestación con las mesadas adicionales y reajustes legales.

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que la actora confesó en el interrogatorio de parte rendido que si tenía conocimiento del funcionamiento del RAIS con base en la asesoría que le fue suministrada por la AFP Horizonte, pues manifestó que sí sabía de la cuenta de ahorro individual, de los rendimientos, de la heredabilidad de la pensión y las demás características inherentes a ese régimen de capitalización.

Mencionó, que la vinculación que se realizó en el año 2003, al RAIS se hizo bajo el principio de la buena fe; que como ella era administradora de empresas, tenía la capacidad de elegir o tomar la decisión que más le conviniera para su futuro pensional; que en todo caso, la demandante lo que busca con este proceso es beneficiarse de su negligencia, pues era su obligación verificar la información suministrada por el asesor, aunado a que el desconocimiento de la ley no es excusa y si tenía alguna inconformidad con la administración de sus aportes tuvo el tiempo necesario para plantearla, pero no lo hizo en tiempo, porque cuando lo expuso ya se encontraba inmersa en la prohibición legal de que trata el literal e) del artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Agregó, que la única inconformidad de la actora es frente al monto de su prestación, situación que se encuentra claramente establecida en la Ley 100 de 1993, y en sus decretos reglamentarios, por lo que esta no se impone por la AFP de manera caprichosa y ello no da lugar a declarar la ineficacia del traslado. Agregó que esta decisión afecta gravemente el principio de la sostenibilidad financiera.

La **AFP PORVENIR S.A. y SKANDIA** no interpusieron recursos.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver los recursos de apelación presentados por la parte demandante y Colpensiones, 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 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; y solo de ser ello así, se analizará si la demandante causada su derecho a la pensión de vejez y, a partir de qué calenda es su disfrute.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora GLORIA AMANDA PAZOS MERA nació el 11 de agosto de 1952; *ii)* que es beneficiaria del régimen de transición en razón a su edad, como quiera que para el 1° de abril de 1993, contaba con 41 años de edad; *iii)* que se afilió al ISS donde aportó desde el 13 de febrero de 1968, hasta el 2 de marzo de 1981 un total de 487,86 semanas; *iv)* que el empleador Caro y Cia Agropiscicola SCA canceló un cálculo actuarial correspondiente al periodo comprendido entre el 1° de abril de 1990 y el 1° de junio de 1994, es decir, por 218,79 semanas; *v)* que el **1° de septiembre de 2003** se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Horizonte hoy Porvenir; *vi)* que el 19 de noviembre de 2009, realizó traslado horizontal a la AFP Old Mutual, donde ha venido cotizando hasta la fecha; y *vii)* que al 30 de enero de 2018, había acumulado 1.452,14 semanas aportadas al sistema general de pensiones.

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 –1° de septiembre de 2003-, 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 Horizonte hoy 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).

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 Horizonte suscrito el 1° de septiembre de 2003, 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 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).

De otro lado, respecto a la presunta confesión que realizó la demandante en su interrogatorio de parte, a la que hacen referencia los apoderados apelantes, advierte la Sala que una vez escuchado el audio en su integridad, se encontró que la señora Pazos Mera, señaló que cuando se trasladó a la AFP Horizonte hoy Porvenir (01/09/2003), realizaron en la compañía donde trabajaba una reunión grupal más o menos de 20 personas, más bien rápida de 30 minutos aproximadamente, informando que el ISS se iba a acabar; que con los fondos privados iban a tener una mejor pensión, con menos tiempo; que el valor sería mucho mejor a la del ISS; que sus aportes iban a ir a una cuenta individual; que esta iba a generar unos rendimientos financieros; que en caso de muerte del afiliado sus aportes serían entregados a los hijos. También indicó, que NO le explicaron cómo se iba a financiar su pensión en el RAIS, ni que en caso de no causar la pensión tendría derecho a la devolución de aportes, tampoco sobre aportes voluntarios.

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, pues en ningún momento señaló que en la referida reunión con los asesores de Horizonte en septiembre de 2003, le hubiesen dado una información adecuada, suficiente, clara, transparente y detallada acerca de las **características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales**, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada modelo pensional, pues era deber y/o obligación de Horizonte hoy Porvenir 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 esa AFP debía probar en este proceso y no lo hizo.

De otro lado, debe hacerse claridad además en que, si bien la actora manifiesta que su mesada pensional en el RAIS sería inferior, a la que hubiese obtenido en el RPM, 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 la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ella le 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 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, 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 y modificar la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar a la AFP PORVENIR S.A., y a SKANDIA el traslado 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, toda vez que la *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 adelante.

DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

Entonces, como la demandante es beneficiaria del régimen de transición en razón de la edad, empieza la Sala por advertir que fue limitado en su periodo de aplicación conforme el Acto Legislativo 01 de 2005, el cual señaló que este se extendería solo hasta el 31 de julio de 2010, pero que en aras de salvaguardar las expectativas de las personas cercanas a causar una pensión por virtud de esa transición, amplió tal término hasta el 31 de diciembre de 2014 siempre que al 29 de julio de 2005, el afiliado contara al menos con 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempo de servicios.

Es decir, que quienes en principio eran beneficiarios del régimen de transición por acreditar los requisitos plasmados en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, caso de la actora, si no causaban el derecho pensional antes del 31 de julio de 2010, debían acogerse al nuevo sistema general de pensiones (artículo 33 de la Ley 100/1993, modificado por la Ley 797/03), a menos que cumplieran las condiciones exigidas para la prórroga de la transición, esto es, 750 semanas al 29 de julio de 2005.

Así, esta Colegiatura entra a verificar si la actora causó su derecho a la pensión de vejez antes del 31 de julio de 2010, en caso de no ser así, se estudiará si al 29 de julio de 2005, contaba con 750 semanas cotizadas y, si antes del 31 de diciembre de 2014, acreditó los requisitos para acceder a la prestación por vejez a la luz del régimen de transición; de no ser así, se determinará si al amparo del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, tiene derecho a esa prestación.

La demandante al ser beneficiaria del régimen de transición, por razón de su edad, recuérdese que nació el 11 de agosto de 1952, y que al 1° de abril de 1994, contaba con más de 35 años de vida, por lo que podía alcanzar la pensión de vejez con los requisitos de edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas, y monto del régimen al que se encontraba adscrita antes de esa fecha, esto es, a la luz del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, el cual contempla que la pensión de vejez se causa cuando se cumplen dos requisitos, uno la edad de 55 años para las mujeres, y dos, 500 semanas de cotización en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, o 1.000 semanas en cualquier época.

En relación con el primer requisito, se tiene que la demandante nació el 11 de agosto de 1952 y en la misma fecha del año 2007, cumplió el requisito de la edad de 55 años; y respecto del segundo, esto es las semanas, se examinará inicialmente si en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, es decir, entre el 11 de

agosto de 1987, y esa misma calenda del año 2007, sufragó 500 semanas, encontrándose que solo acreditó 420,75:

periodo		semanas
desde	hasta	
1/04/1990	31/12/1990	38.57
1/01/1991	31/12/1991	51.48
1/01/1992	31/12/1992	51.48
1/01/1993	31/12/1993	51.48
1/01/1994	1/06/1994	21.45
1/08/2003	31/12/2003	21.45
1/01/2004	31/12/2004	51.48
1/01/2005	31/12/2005	51.48
1/01/2006	31/12/2006	51.48
1/01/2007	11/08/2007	30.40
Total semanas sufragadas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad		420,75

Ahora, al verificar si cotizó 1.000 semanas en cualquier época, anterior al 31 de julio de 2010 (fecha límite por Acto Legislativo 01 de 2005), encontramos:

periodo		semanas
desde	hasta	
13/02/1968	02/03/1981	487.86
01/04/1990	01/06/1994	214.46
01/08/2003	31/12/2006	175.89
01/01/2007	31/12/2009	154.44
01/01/2009	31/07/2010	30.03
		1,062.68

De lo anterior, fácilmente se colige que la señora Gloria Amanda Pazos Mera sí cumplió con el requisito de acreditar mil (1000) semanas de cotización sufragadas en cualquier tiempo con anterioridad al 31 de julio de 2010, razón por la que, desde esa data tenía causado su derecho a la pensión de vejez a la luz del régimen de transición en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, tal como lo determinó el a quo, razón por la que se confirmará la decisión en este aspecto.

DISFRUTE DE LA PENSIÓN DE VEJEZ -APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

Consideró el *a quo* que el disfrute de la pensión de vejez reconocida en instancia, debía ser desde el 11 de marzo de 2020, fecha en que se pagó un cálculo actuarial por parte del empleador Cora y Cia. Agropiscicola Carolina S.C.A. por los periodos comprendidos entre el 1/04/1990 y el 1/06/1994; por su parte, la promotora del litigio muestra su inconformidad frente a lo allí decidido, indicando al respecto que el disfrute de dicha prestación debe ser desde la última cotización realizada, esto es, a partir del 30 de enero de 2018.

Al respecto, cabe Recordar que conforme el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, la causación del derecho a la pensión de vejez se da cuando el afiliado cumple con los requisitos exigidos en la Ley, edad y semanas cotizadas, mientras que para el disfrute de esta se requiere la desafiliación del régimen y se tendrá en cuenta para su liquidación hasta la última cotización.

Al revisar la historia laboral consolidada expedida por Skandia el 7 de enero de 2021, se evidencia que el último aporte se realizó para el periodo 201801 por 30 días, es decir, que el reconocimiento de la pensión de vejez será a partir del 1° de febrero de dicha anualidad, correspondiéndole como primera mesada pensional la suma de \$8.086.948,95, la cual se debe actualizar año a año, así:

Año	Desde	Hasta	Incrementos	Valor Mesada	# mesadas	Total
2018	01/02/2018	31/12/2018		\$ 8,056,948.95	12	96,683,387.36
2019	01/01/2019	31/12/2019	3.18%	\$ 8,313,159.92	13	108,071,079.00
2020	01/01/2020	31/12/2020	3.80%	\$ 8,629,060.00	13	112,177,780.00
2021	01/01/2021	31/12/2021	1.61%	\$ 8,767,987.87	13	113,983,842.26
2022	01/01/2022	30/09/2022	5.62%	\$ 9,260,748.78	9	83,346,739.06
retroactivo pensional al 30 de septiembre de 2022						514,262,827.67

Resulta pertinente aclarar aquí por parte de esta Colegiatura, que el disfrute de la prestación por vejez no está supeditada a la fecha a que se haga efectivo el pago del cálculo actuarial como equivocadamente lo entendió el *a quo*, porque ese trámite debe surtirse entre el empleador y la administradora de pensiones y no tiene por qué perjudicar al afiliado o que sufra las consecuencias de dicho trámite, retrasando el reconocimiento de sus prestaciones.

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al resolver casos donde el empleador no afilió al trabajador bien fuese porque no había cobertura o por cualquier otra razón, ha indicado que ese *«tiempo servido debe ser tenido en cuenta, como efectivamente cotizado a dicha entidad, para efectos de*

reconocimiento de la pensión de vejez, criterio reiterado en la presente decisión (CSJ SL2590-2020, CSJ SL5790-2014, CSJ SL4072-2017 y CSJ SL14215-2017)» y CSJ SL2876-2022.

En tal virtud, ha ordenado a los empleadores omisos a trasladar a las administradoras de pensiones el valor actualizado del título pensional causado por los periodos trabajados y no aportados, y a su vez a dispuesto que se reconozca y pague la pensión de vejez teniendo en cuenta esos tiempos, a partir de la desafiliación del afiliado del sistema o de la última cotización, con independencia de que el empleador haya pagado o no el cálculo, así ha ocurrido en múltiples sentencias, tal como, CSJ SL2876-2022, CSJ SL525-2022, CSJ SL3694-2021, CSJ SL1740-2021, CSJ SL1991-2021, CSJ SL3810-2020, entre muchas otras.

Dichos argumentos, resultan plenamente aplicables al asunto bajo examen; por lo tanto, se modificará la decisión única y exclusivamente en lo que tiene que ver con la fecha de disfrute de la pensión de vejez reconocida a la actora.

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 Y MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., únicamente en el sentido de **ORDENAR:**

- A la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.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 la demandante estuvo afiliada a

esa administradora, esto es, entre 1° de septiembre de 2003, y el 31 de diciembre de 2009. 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 SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, 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 de la demandante GLORIA AMANDA PAZOS MERA, esto es, las cotizaciones recibidas en su integridad desde el 1° de enero de 2010 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 el accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante señora GLORIA AMANDA PAZOS MERA, la pensión de vejez bajo la luz del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición, a partir del 1° de febrero de 2018 en cuantía inicial de \$8.056.948,95, de conformidad a la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- a reconocer y pagar a la demandante señora GLORIA AMANDA PAZOS MERA, el retroactivo de las pensiones causadas desde el 1° de febrero de 2018, hasta el 30 de septiembre de 2022, por la suma total de \$514.262.827,67 cifra que se estima sin perjuicio de las que se causen con posterioridad. Pago que deberá ser realizado en forma indexada, desde la causación de cada mesada pensional hasta que se realice el pago efectivo de la obligación. Se autoriza a COLPENSIONES para que del valor de retroactivo proceda al descuento que corresponde a los aportes al Sistema de

Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

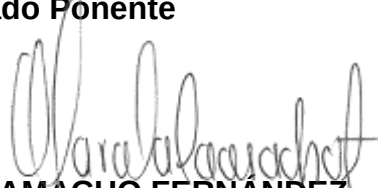
CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

(En uso de permiso)

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, en 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 JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A., AFP COLFONDOS S.A. Y AFP
PROTECCIÓN S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre 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 **JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO**, se declare la ineficacia del traslado del RPM al RAIS efectuado con la AFP Colfondos S.A., ante la omisión de este fondo de deber de información de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto de las implicaciones que tenía del cambio de régimen y en general sobre las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS; los riesgos y beneficios.

Como consecuencia de lo anterior, se declare ineficaz los traslados posteriores y que para todos los efectos jurídicos siempre ha permanecido en el RPM administrado por Colpensiones. Como consecuencia de lo anterior, se ordene a la AFP Porvenir S.A. la devolución a Colpensiones de todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y devolución de los gastos de administración que han sido descontados durante todo el tiempo en que dichas suma de dinero estuvieron en poder de las administradoras; se ordene a Colpensiones a reactivar

la afiliación, actualizar y corregir su historia laboral; al pago de costas y agencias en derecho y lo que resulte probado ultra y extra petita (Exp. Digital – cuaderno 1).

Como hechos fundamento de las pretensiones (Exp. Digital – cuaderno 1), señaló en síntesis, que nació el 22 de junio de 1961; que estuvo afiliado al ISS hoy Colpensiones efectuando aportes hasta el mes de junio de 1996; que posteriormente ante una campaña desinformada de las AFP firmó formulario de traslado de régimen con la AFP Colfondos S.A. el 15 de junio de 1996, que en ese momento, el asesor comercial no le explicó la naturaleza propia del RAIS, sus características, diferencia con el régimen de prima media con prestación definida; es decir, omitió dar información de las ventajas y desventajas sobre el cambio de régimen; tampoco le informó que el RPM el valor de la pensión de vejez no dependía del ahorro, sino del tiempo acumulado en semanas de cotización, edad y salario base de cotización; que no le dijo que el valor de la pensión en el RPM no está sujeta al comportamiento de la economía y el mercado financiero; tampoco le dijo que podía hacer aportes voluntarios. Adujo, que no existe formulario de vinculación con la AFP Colfondos.

Añadió, que el 16 de septiembre de 1999, se trasladó a la AFP Colmena S.A. hoy AFP Protección S.A. oportunidad en la cual se omitió también con el deber de información; que el 27 de abril de 2004, nuevamente se trasladó a Colfondos S.A. y, el 28 de mayo de 2008, se vinculó a la AFP Porvenir S.A., en la cual se encuentra afiliado actualmente.

Sostuvo, que la AFP Porvenir S.A. para el año 2012, no le informó sobre el plazo que tenía para iniciar los trámites tendientes a retornar al RPM; que las AFP demandadas no le informaron sobre las proyecciones que debía prever para asegurar un monto pensional en condiciones dignas al momento de su retiro.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A. contestó (Exp. Digital – cuaderno 33), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, dijo no ser ciertos los numerales 15 a 18; y no constarle los demás. Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

COLPENSIONES contestó (Exp. Digital – cuaderno 29), también oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, dijo ser cierta la fecha de nacimiento del demandante, tiempo en que estuvo afiliado a dicho fondo y fecha de traslado al RAIS; respecto de los demás señaló no constarle. Propuso como excepciones de mérito, las de fondo, prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

PROTECCIÓN S.A. contestó (Exp. Digital – cuaderno 14), también oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos señaló ser cierta la fecha de nacimiento del demandante; respecto de los demás dijo no ser ciertos los numerales 12, 13, 16 y 18; y no constarle los demás. 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 y 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 declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro provisional 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.

COLFONDOS S.A. contestó (Exp. Digital – cuaderno 12), igualmente oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Frente a los hechos, aceptó fecha de nacimiento del actor, no ser ciertos los numerales 3 a 11 y 18, y no constarle los demás. Propuso como excepciones perentorias, las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al régimen solidario de prima media con prestación definida, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos, petición antes de tiempo y ausencia de vicios del consentimiento

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, a través de sentencia del 21 de septiembre de 2021 (Exp. Digital- cuaderno 50), resolvió:

PRIMERO: PRIMERO: DECLARAR ineficaz la afiliación o traslado efectuado por el señor demandante JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO, el día 15 de junio de 1996 del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de la AFP COLFONDOS, como

consecuencia de los anterior, igual suerte sigue los traslado horizontales que hizo el señor demandante en el RAIS y se ORDENA a la AFP PORVENIR donde actualmente se encuentra afiliado el señor demandante, traslade los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual correspondiente los saldos de los aportes y los rendimientos a la administradora del régimen de prima media COLPENSIONES, a está que reciba dichos recursos, reactive la afiliación que alguna vez tuvo el señor demandante y los acredite como semanas efectivamente cotizadas en el régimen de prima media, teniendo en cuenta para todos efectos como si nunca se hubiera trasladado. Dada la consecuencia natural de esta ineficacia. Conforme se expuso en la parte motiva.

SEGUNDO: ABSOLVER a la AFP PROTECCIÓN de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción y frente a ellas declarar demostradas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación. Conforme se expuso en la parte motiva.

TECERO: NO CONDENAR en costas a favor ni en contra de ninguna de las partes. Conforme se expuso en la parte motiva.

Fundamentó su decisión, señalando que el demandante se trasladó al RAIS el 15 de junio de 1996, través de la AFP Colfondos y posteriormente se trasladó a otros fondos de pensiones dentro del mismo régimen; hizo referencia a las diferentes sentencias que han emitido la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral relacionadas con la ineficacia del traslado y recuperación del régimen, precisando en primera medida, que la afiliación efectuada por el demandante devino ilegal por no cumplirse con el término de permanencia mínimo establecido en el Decreto 692 de 1994.

Adujo, que en cuanto al deber de información y la carga de la prueba a cargo del fondo de pensiones, se tenía que Colfondos S.A. no cumplía con dicha obligación en la medida en que ni siquiera había allegado al plenario el correspondiente formulario de afiliación y mucho menos, documentos adicionales que dejaran constancia que el demandante al momento del traslado se le hubiere brindado información; tampoco se había traído como testigo el asesor que propició el traslado.

Sostuvo, que a pesar de que el demandante tiene la condición de abogado, ello no significaba que conociera sobre los temas pensionales, de lo contrario, el actor había señalado que la única información que se le dio para el momento del traslado era la crisis que presentaba el ISS, concluyendo que la entidad demandada no cumplió con su carga probatoria.

Respecto de los gastos de administración, indicó que ha sido su criterio que las AFP se encuentran facultadas para cobrar dichos recursos de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, los cuales se cobran tanto en el RPM como en el RAIS, bajo tal postulado se abstuvo de ordenar la devolución de los mismos.

Sobre las costas, dijo que no condenaba a Colpensiones, porque no había tenido ninguna participación o injerencia en el proceso de traslado del demandante; que también debía tenerse en cuenta que para los años 1996, 2000, 2004 y 2008, los fondos simplemente tenían la obligación de la suscripción del formulario de afiliación; que fue por línea jurisprudencial que se estudió de manera más profunda por parte de la Corte requisitos adicionales.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación argumentando que no se tuvo en cuenta dentro del proceso los traslados sucesivos lo cual constituye su confirmación en el régimen de ahorro individual, esto es, en relación con los actos de relacionamiento. Tampoco se tuvo en cuenta la información que dio el demandante en el interrogatorio de parte donde se evidenció que sí se le brindó la información; igualmente señaló que debe considerarse que el formulario de afiliación era el único requisito que existía para la época del traslado.

COLPENSIONES también interpuso recurso de apelación señalando que no es dable declarar una ineficacia de traslado del demandante sin tenerse en cuenta las circunstancias particulares, tal como se dice en el salvamento de voto que se presentó en la sentencia SL1452-2019, en el entendido que el demandante es un abogado, por lo tanto, tiene conocimiento sobre el tema particular.

Arguyó, que también se pudo establecer que se le brindó información al momento del traslado, que tenía conocimiento de las características del régimen escogida; que tan es así, que se trasladó horizontalmente en diferentes fondos del mismo régimen, siendo considerados por la Corte como actos de relacionamiento que no pueden pasarse por alto al momento de determinar las ineficacias de traslado; además, del interrogatorio de parte no se pudo determinar la ineficacia del traslado, ya que existió una decisión libre y voluntaria, sin que el hecho de que no se haya cumplido con sus expectativas, no concluye una falta de información.

Por otro lado, en cuanto a la absolución en relación a los gastos de administración acotó que de conformidad la sentencia SL2877-2020, la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que estaba como si no hubiera existido tales actos a través de las restituciones mutuas, en tal sentido la sentencia tiene efectos retroactivos y en virtud de ello cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión al negocio jurídico.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir S.A. y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta última en lo no apelado, 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 Colfondos S.A. es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, si hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por el actor en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO se afilió al ISS donde aportó desde el 24 de mayo de 1994, al 30 de abril de 1996, como da cuenta la historia laboral expedida por dicha entidad (Exp. Digital cuaderno 31), cotizando un total de 83,43 semanas; *ii)* que el **15 de junio de 1996**, suscribió formulario de traslado al RAIS con Colfondos S.A. (Exp. Digital cuaderno 3 – 14); *iii)* que posteriormente, el 16 de septiembre de 1999, se trasladó a Colmena S.A. hoy Protección S.A. (Exp. Digital – cuaderno 14); *iv)* el 29 de abril de 2004, retorno a Colfondos; y *v)* que finalmente, el 28 de mayo de 2008, se trasladó a Porvenir S.A. (Exp. Digital – cuaderno 33).

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.

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 junio 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 Colfondos S.A. 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). Observándose del caudal probatorio vacío respecto de dicho deber de información, pues ni siquiera aportó el formulario de afiliación.

De otro lado, respecto a la presunta confesión que realizó el demandante en su interrogatorio de parte, a la que hacen referencia los apoderados apelantes, advierte la Sala que una vez escuchado el audio en su integridad se encontró que el señor Pulido, señaló que en las noticias para el momento en que se efectuó el traslado se decía que ISS se iba acabar; que en las bodegas donde ejercía su labor como comerciante llegó un asesor de Colfondos quien en menos de 3 minutos, corroboró lo dicho en las noticias, garantizándole que si se trasladaba a dicho fondo, iba a un obtener una mejor pensión.

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, pues en ningún momento señaló que el asesor de Colfondos en junio de 1996, 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 deber y/o obligación de dicha entidad 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 esa AFP debía probar en este proceso y no lo hizo.

Ahora, en que lo respecta a que el señor Javier Pulido, tenga la profesión de abogado tampoco garantiza que conociera para el momento del traslado las diferencias entre uno y otro régimen, pues en su declaración siempre manifestó que para el momento en que se celebró el negocio jurídico con la AFP ejercía su labor como comerciante y que solo tiempo después es que conoció a través de otro abogado sobre las omisiones en que faltaron las AFP durante su vinculación a ellas; de manera que quienes realmente debían de conocer sobre las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales era el asesor del fondo, siendo el obligado a suministrarle dicha información y no ser el promotor del proceso quien previamente tuviera la obligación de conocerlas por el solo hecho de tener su condición de abogado.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ella le 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.

Frente a las demás AFP se tiene que estas tan solo aportaron el formulario de afiliación, en relación a lo cual 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 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.

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.

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 como erradamente lo señalan los apelantes, 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 Colfondos 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 lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia**, 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, entre muchas otras); como en este caso, todo ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones por haber sido apelado dicho punto, y además por cuanto 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.

Lo anterior, también tiene fundamento en la sentencia CSJ SL843-2022, en la que se dijo:

Paralelamente, se ordenará a Porvenir S.A, Protección S.A. y a Colfondos S.A., a trasladar a Colpensiones las comisiones y los gastos de administración que fueron cobrados durante todo el tiempo de afiliación de la demandante, así como los valores de las primas de los seguros previsionales y el porcentaje de la cotización destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los cuales deberá cancelar debidamente indexados, y que deberá asumir con cargo a sus propios recursos.

Lo anterior, por cuanto al declararse la ineficacia del traslado, las cosas vuelven a su estado anterior, de manera que la administradora tiene que asumir los deterioros del bien administrado, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta del fondo, al haber incurrido en la omisión de brindar la información adecuada, oportuna y suficiente al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuentan de la cotización y de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

Por tal razón, esa declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020). (subrayado y negrilla fuera el texto original).

Por tanto, se hace necesario, primero, **revocar** el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia; segundo, **adicionar** el ordinal primero, en el sentido de ordenar a la AFP COLFONDOS, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. el traslado a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de ellas, las cotizaciones recibidas en su integridad con motivo de la afiliación del demandante, 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 genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, 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). Lo cual tampoco resulta respecto de los gastos de administración y sumas adicionales.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones como quiera que sus recursos de alzada no salieron avante.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el ordinal segundo de la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

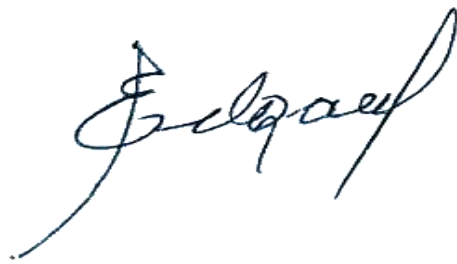
SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal primero de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **CONDENAR** a las AFP PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de ellas, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante su permanencia en

cada una de esta. 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.

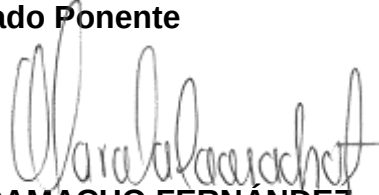
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

(En uso de permiso)
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, en la suma de \$1.000.000, a cargo de cada una.

A handwritten signature in black 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 MARÍA FERNANDA ARIZA CARRERO
ZAMBRANO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre 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 FERNANDA ARIZA CARRERO**, se declare la anulación de la afiliación realizada a la AFP Porvenir S.A. a partir del 1° de agosto de 1994, teniendo en cuenta que no hubo consentimiento informado sobre las consecuencias y efectos tanto desfavorables como nocivos de trasladarse del régimen de prima media al RAIS; que también se declare la anulación de la afiliación que hizo con Porvenir S.A. teniendo en cuenta que esta se efectuó antes de la expedición de la Ley 797 de 2003; que se declare que en aplicación y prevalencia del principio de favorabilidad y condición más beneficiosa en materia laboral, así como el principio de progresividad en asuntos de seguridad social, se debe anular la afiliación realizada el 1° de agosto de 1994, por cuanto el valor de la mesada que recibirá en el régimen de prima media será un valor superior al que recibiría en el RAIS.

Como consecuencia de lo anterior, se condene a la AFP Porvenir S.A. para que el capital y los rendimientos financieros acumulados en el fondo desde el 1° de agosto de 1994, y hasta la sentencia que ponga fin a la controversia sean trasladados al régimen de prima media que actualmente administra Colpensiones; se ordene a Colpensiones a

recibir dicho capital y se contabilicen válidamente dentro de su historia laboral como si nunca se hubiera cambiado de régimen, así mismo se le ordene pagarle la pensión de vejez en los términos de los artículos 9 y 10 de la Ley 797 de 2003, una vez acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en dicha norma; al pago de costas procesales y se haga uso de las facultades ultra y extra petita (f° 5-6).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 2-5), señaló en síntesis, que nació el 18 de febrero de 1965; que se afilió inicialmente al régimen de prima media con prestación definida con el ISS desde el 4 de septiembre de 1985, hasta el 31 de julio de 1994; que en el año de 1994, estando al servicio de la Fiscalía General de la Nación – Seccional Bogotá fue abordada por un asesor comercial de la AFP Porvenir S.A. quien le ofreció que se trasladará al RAIS.

Narró, que uno de los argumentos del asesor para obtener su traslado era que el ISS se iba a entrar en banca rota, por lo que dejaría a sus afiliados sin posibilidad de pensionarse en el futuro; que en el RAIS se podía pensionar a la edad que quisiera; que no le advirtió sobre las consecuencias jurídicas que le acarrearía el cambio de régimen; que le informó que en el RAIS obtendría un monto mayor de su mesada pensional.

Sostuvo, que por la socialización de los derechos pensionales y la información brindada por los medios de comunicación descubrió que la información dada por Porvenir no era cierta y que había sido engañada; que al realizar un cálculo de su mesada pensional en Colpensiones obtendría una mesada pensional de \$5.110.513, mientras que en el RAIS sería de \$1.569.763. Por último, señaló que presentó solicitud de traslado ante Colpensiones quien negó la misma invocando el literal e) del artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A. contestó (f° 131-160), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, dijo no constarle los numerales 19, 20, 22 a 24 y no ser ciertos los demás. Propuso como excepciones de fondo prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

COLPENSIONES contestó (remitida de manera digital), también oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó fecha de nacimiento de la demandante, su afiliación a dicho régimen y permanencia, semanas cotizadas, petición y negativa; en cuanto a los demás hechos, dijo no constarle. Propuso como excepciones

de fondo inexistencia del derecho y de la obligación para regresar al régimen de prima media con prestación definida, error de derecho no vicia el consentimiento, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, innominada o genérica, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y solicitud de condena en costas a la demandante.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 6 de julio de 2021 (CD f° 187), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la **INEFICACIA** de la afiliación de la señora **MARIA FERNANDA ARIZA CARRERO** a la **AFP PORVENIR S.A.**, suscrita el 12 de mayo 1994, por los motivos expuestos en esta sentencia y en consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de acuerdo con lo motivado en este fallo.

SEGUNDO: ORDENAR a la **AFP PORVENIR S.A.**, a trasladar todos los dineros ahorrados por la demandante en su cuenta individual a la Administradora Colombiana de pensiones - Colpensiones, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración, de acuerdo con lo motivado en este fallo.

TERCERO: ORDENAR A Administradora Colombiana de pensiones - Colpensiones a recibir los dineros ahorrados por la demandante en su cuenta individual de conformidad con lo ordenado en precedencia, de acuerdo con lo motivado en este fallo.

CUARTO: Declarar NO probada la excepción de prescripción, relevándose el Despacho del estudio de los demás medios exceptivos, de acuerdo con lo motivado en este fallo.

QUINTO: CONDENAR en costar a **PORVENIR S.A.** señálese como agencias en derecho la suma de \$1.200.000 a favor de la parte actora, a Colpensiones no se imponen costas.

Fundamentó su decisión, haciendo relación a la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral relacionadas con las figuras de ineficacia, invalidez y nulidad del traslado, haciendo énfasis en el deber de información, consentimiento, carga de la prueba y respecto de la expectativa legítima para obtener una pensión.

Indicó, que la señora María se había trasladado de régimen el 12 de mayo de 1994, tal como se observaba en el formato de afiliación de PORVENIR S.A, del cual no se evidenciaba que se hubiese suministrado información a la afiliada de manera precisa y clara sobre las características, condiciones, consecuencias y riesgos del cambio de régimen a pesar de que esa carga le correspondía a la misma; tampoco era admisible el argumento de que la afiliada firmó libre y voluntariamente el formulario, pues la libertad

presupone el conocimiento pleno de las consecuencias de la decisión; tampoco era atendible la información respecto de la preparación académica de la demandante, ya que la obligación recaía a cargo de la AFP. Por consiguiente, consideró que la AFP Porvenir S.A incumplió con el deber de información y, por lo tanto, declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación, señalando que era acertado declararse la ineficacia contenida en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pues dicha norma habla de impedir o atentar contra la afiliación del trabajador lo que supone un dolo que no fue probado ni manifestado dentro del proceso; además el fallador de primera instancia no tenía en cuenta que al momento en que la demandante se vinculó se encontraba cesante, por tanto no existe una ineficacia a declarar, por cuanto esto significa volver las cosas a su estado natural y en este caso no se podía hablar de una ineficacia a declarar.

De otro lado, manifestó que el *a quo* indicó que en el expediente no obraba prueba alguna de la información entregada, al respecto se tenía que la vinculación que se dio a la demandante fue una afiliación totalmente informada; sin embargo, la esta se había dado en forma verbal, motivo por el cual no existía un documento adicional al formulario de afiliación que se pudiera aportar al expediente, debiéndose tener en cuenta el mismo al ser un documento válido el cual se presume auténtico y el cual no fue tachado de falso por la parte actora, siendo plena prueba que permite demostrar la información entregada. Aunado a ello, el Juez no había indicado cuál era la prueba que se le exigía a las administradoras; que en este caso la entidad ha demostrado que la actora fue afiliada válidamente permaneciendo en dicha entidad durante 26 años sin que manifestara su inconformidad, sino solo hasta que se verificó el monto pensional.

Agregó, que debe tenerse en cuenta que para el año 2003 o 2004, según confesión del interrogatorio de parte de la demandante manifestó que conocía ambos regímenes pensionales debido a una simulación pensional que le hicieron y sabía cuál era el monto de la mesada con la que se iba a pensionar, pero a pesar de ello continuó vinculada a la entidad. Igualmente, debía considerarse que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de la Ley 797 de 2003, no siendo dable que se escude en una supuesta falta de información porque sus expectativas de pensión no fueron las deseadas.

Finalmente, señaló que en cuanto a la devolución de los rendimientos financieros y gastos de administración, debe tenerse en cuenta que en el régimen de prima media también se realiza un descuento del 3% para financiar gastos de administración para pensión de invalidez y sobrevivientes, y esos gastos de representación no le pertenecen al afiliado; además, frente a ellos debe declararse probada la excepción de prescripción, puesto que son de tracto sucesivo, porque no solo la ley sino también los Conceptos de la Superintendencia Financiera se ha dicho que cuando proceda la nulidad o ineficacia los únicos dineros que se deben trasladar es la cuenta de ahorro y sus rendimientos, pero no la devolución de los gastos de administración, ni la prima provisional de seguro; en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza y tampoco procede esta devolución de los gastos de administración, sería un enriquecimiento sin causa para Colpensiones.

COLPENSIONES también interpuso recurso de apelación manifestando que el único requisito es el formulario de afiliación el cual fue firmado de manera libre y voluntaria por la demandante; que las inconformidades respecto del valor de la pensión no es una causal para declarar ineficaz el traslado del régimen; siendo que la promotora del proceso es profesional en derecho, de manera que conocía de las consecuencias de su traslado; además, para el año 2003 o 2004 contaba con la edad suficiente para poder realizar el traslado y no lo hizo.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por las demandadas, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones en lo no apelado, 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 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 FERNANDA ARIZA CARRERO se afilió al ISS donde aportó desde el 4 de septiembre de 1985, a julio de 1994 (f° 33); y ii) que el **12 de mayo de 1994**, suscribió formulario de

traslado al RAIS con la AFP Porvenir S.A. (f°38), entidad en cual se encuentra vinculada 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 la AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de la AFP, se estableció en cabeza de esta 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 –**12 de mayo 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.

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, que en este asunto la AFP Porvenir S.A. no allegó al plenario prueba alguna que demuestre que para el **12 de mayo de 1994** ilustró a la accionante sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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.

Respecto al interrogatorio de parte rendido por la demandante, cabe señalar que si bien manifestó que para el año 2003, se acercó a la entidad demandada y le dijeron que su mesada pensional sería de un salario mínimo legal mensual vigente, también afirmó que no procedió a efectuar el traslado inmediatamente debido a que la entidad le indicó que podía cotizar más para tener un monto mayor, señalando textualmente: *«Para ese tiempo, yo me acerco y están las inseguridades de ¿Qué hago? ¿Y si aportó más capital?, porque eso fue lo que me dijeron para tener un monto más alto, tenía esas dudas y se me pasó el tiempo y es ahí cuando hago solicitud formal»*. De lo anterior, se infiere que la entidad nuevamente dejó de dar una información clara y precisa, incluso omitiendo el derecho que tenía la actora de cambiarse de régimen pensional antes de la prohibición establecida en el literal e) artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Porvenir suscrito el 12 de mayo de 1994, 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.

Y es que en este punto debe advertirse 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).

Se suma a lo anterior, que la carga de la prueba en cuanto al deber de información y asesoría, está en cabeza de las administradoras de pensiones, con total independencia de las circunstancias particulares de cada afiliado. Sobre este puntal aspecto, cabe traer a colación lo dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL2058-2022, en donde se puntualizó:

[...] se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, corre por cuenta de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación¹; (ii) 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 (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4426-2019).

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

¹ En tal sentido, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

factible revertir 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.

De otro lado, no podría sostenerse que al haber permanecido la actora en el mismo fondo desde 1994, era porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demostraba 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.** (Negritas fuera del texto original).*

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 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 la AFP privada, trasladar 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, entre muchas otras); como en este caso, todo 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 PORVENIR S.A. el traslado a COLPENSIONES y esta a su

vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad con motivo de la afiliación de la señora MARÍA FERNANDA ARIZA CARRERO, 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 la *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 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). Lo cual tampoco resulta respecto de los gastos de administración y sumas adicionales.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas como quiera que sus recursos de alzada no salieron avante.

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,

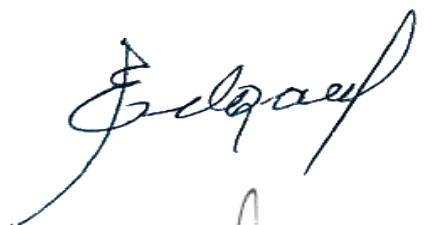
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado 8° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., únicamente en el sentido de **CONDENAR** a Porvenir S.A. a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de ella, 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 ella. 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.

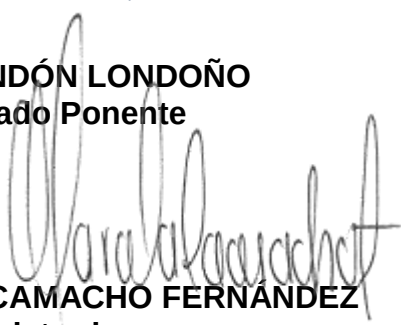
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

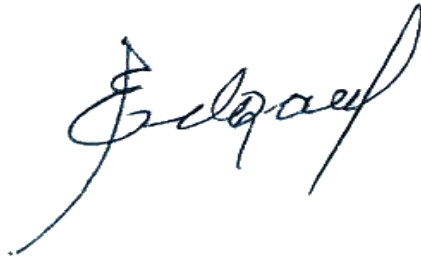


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
(En uso de permiso)

AUTO DEL PONENTE:

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Édgar', with a stylized, flowing script.

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 MÓNICA RUDD HERRERA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, AFP PROTECCIÓN S.A. Y AFP PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre 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 **MÓNICA RUDD HERRERA**, se declare la ineficacia de la afiliación efectuada el día 20 de agosto de 1997 con la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. y la efectuada el 25 de enero de 1999 con la AFP Protección S.A., por no habersele brindado una información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de uno u/o régimen pensional, en especial se la situación personal y concreta de la demandante. Como consecuencia de lo anterior, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tenerla como afiliada como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático (Exp. Digital – cuaderno 1).

Como hechos fundamento de las pretensiones (Exp. Digital – cuaderno 1), señaló en síntesis, que a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones realizó su primera afiliación como selección inicial al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy Colpensiones el día 6 de diciembre de 1995; que posteriormente, se trasladó a RAIS a través de Horizonte pensiones y cesantías hoy Porvenir S.A. el día 20 de agosto de 1997; que al momento en que se trasladó a AFP privada no habían transcurrido 3 años desde la selección inicial.

Narró, que el asesor comercial no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban tanto en el RAIS como en el RPM, en especial no le hizo un estudio de su situación particular, sino que le ilustró únicamente sobre los beneficios que podría obtener al cambiarse de régimen.

Arguyó, que el 25 de enero de 1999, se trasladó a Protección S.A. y el 9 de agosto de 2010, se trasladó a ING hoy Protección S.A.; indicó que nació el 13 de agosto de 1964; que la AFP Protección S.A. le realizó una simulación pensional bajo la modalidad de retiro programado donde obtendría una mesada pensional de \$1.384.515, que al efectuarse la simulación en el RPM su mesada pensional sería de \$2.518.635; que teniendo en cuenta las semanas cotizadas y las proyectadas desde el 1° de mayo de 1987, hasta el 30 de septiembre de 2021, arrojaría un total de 1,303 semanas cotizadas.

Finalmente, adujo que radicó derecho de petición ante Colpensiones el 4 de febrero de 2020, el cual se respondió el 5 de febrero de 2020.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

PROTECCIÓN S.A. contestó (Exp. Digital – cuaderno 03), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, dijo ser cierta la fecha de afiliación a dicho régimen, fecha de nacimiento de la demandante, proyección de la mesada que hizo la entidad y aportes efectuados por la actora; respecto de los demás manifestó no constarle.

Propuso como excepciones de fondo, 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 declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa e innominada o genérica.

PORVENIR S.A. contestó (Exp. Digital – cuaderno 04), también oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, dijo ser cierta la fecha de nacimiento de la demandante; respecto de los demás hechos manifestó no ser ciertos los numerales 2, 3, 4 y 7, y no constarle los demás.

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

COLPENSIONES contestó (Exp. Digital – cuaderno 05), también oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó afiliación y permeancia de la demandante en el RPM, fecha de traslado al RAIS y los traslados horizontales efectuados, fecha de nacimiento de la actora, reclamación presentada ante la entidad y respuesta; en relación a los demás hechos dijo no constarle.

Propuso como excepciones de fondo, 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, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción e innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, a través de sentencia del 22 de septiembre de 2021 (Exp. Digital- cuaderno 17), 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 la demandante MÓNICA RUDD HERRERA a través de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., de fecha 20 de agosto de 1997, así como sus posteriores traslados entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas que haya descontado por concepto de gastos de administración de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliada a esa administradora.

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

QUINTO: ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir a la demandante MÓNICA RUDD HERRERA como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

SEXTO: CONDENAR en costas a la demandada PORVENIR S.A. y a favor de la demandante, *tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) SMLMV. Sin costas respecto de COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.*

Fundamentó su decisión, haciendo relación a las pruebas documentales allegadas al plenario; así como también hizo alusión al interrogatorio de parte rendido por la demandante; de igual manera trajo como precedente la jurisprudencia emitida por la Sala Laboral de la Corte suprema de Justicia relacionada con el deber de información de los fondos de pensiones, el cual conlleva la explicación acerca de los efectos que dicho traslado acarrea; sobre el derecho pensional y que el traslado de régimen pensional está llamado a ser ineficaz cuando la decisión de traslado del usuario no estuvo precedida de la documentación suficiente; adicionalmente, que el hecho de suscribirse un formulario de afiliación no es prueba del cumplimiento del deber de información.

Concluyó, que analizadas las pruebas en su integridad no se evidenciaba que las demandadas Protección y Porvenir, hubieran acreditado el deber de información en los términos señalados por la jurisprudencia; no se había aportado prueba diferente al formulario de afiliación y en lo concerniente al interrogatorio de parte rendido por la demandante del mismo no se podía extraerse una confesión; como tampoco se podía determinar que se le hubiese brindado una información de manera clara y sobre todo completa sobre las consecuencias del traslado de régimen pensional; si bien se le había informado sobre algunos de los beneficios del RAIS; lo cierto era que no se le había explicado bajo qué condiciones o requisitos se podría acceder a este tipo de beneficios; tampoco resultaba claro que se le hubiera explicado la diferencia entre ambos regímenes pensionales; bajo tales postulados declaró ineficaz el traslado que realizó la demandante en agosto de 1997.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación argumentando que la decisión de primera instancia atenta contra el principio de legalidad; por cuanto, para el momento en que se materializó el acto de traslado no existía una obligación legal o jurisprudencial vigente que estableciera que debía conservarse un soporte documental de la información suministrada de manera verbal; lo cual atentaba con el principio de «*nadie está obligado a lo imposible*».

Aunado, a ello se pretendía a través de un proceso declarativo laboral que la AFP acreditará por medio de cualquier otro medio probatorio de que suministró la información; por lo que ante la ausencia de documentos, solo quedaban dos caminos; el primero, la confesión a través de interrogatorio de parte el cual resultaba poco fructífero y, el segundo, la prueba testimonial del asesor comercial que en su momento suministró la información; debiéndose tener en cuenta que dicho traslado ocurrió hace más de 20 años, por lo que contactar a un asesor comercial que hace tiempo no labora para la entidad resultaba imposible; encontrándose indefensa frente a la carga de la prueba; además de ser desproporcionada y que atenta contra el derecho de defensa; ya que tan solo basta con que la parte demandante realice manifestaciones negativas de carácter indefinido, aprovechándose de la jurisprudencia que dispone invertir la carga de la prueba.

Adicionalmente, sostuvo que no era dable desconocer que la demandante había laborado para una AFP del RAIS, por lo que no se podía pretender ahora que no conocía o no tenía esa información; debiéndose tener presente la diligencia que deben tener los afiliados como consumidores financieros; no siendo dable que se le entregue desmenuzado toda la información; más aún cuando en este caso se está frente a una persona que trabajó para una AFP; si bien no en el área de reconocimiento pensional, pero sí en temas de cesantías durante casi un año.

Respecto de los gastos de administración, adujo que son un descuento que se hace por una obligación legal y no corresponde a ningún capricho ni a una arbitrio por parte la entidad, ya que desde la expedición de la Ley 100 de 1993, se estableció que estos gastos debían descontarse por el buen manejo de la cuenta de ahorro individual, los cuales se traducen en rendimientos financieros; de manera que al ser devueltos se menoscaba el patrimonio de la entidad que lo único que hizo fue cumplir con la normatividad que estaba vigente para ese momento, actuando siempre de buena fe.

PROTECCIÓN S.A. también interpuso recurso de apelación, señalando que debe tenerse en cuenta que la deducción de dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, se realizó como una consecuencia de una disposición legal, valida, exigible, aplicable y vigente, no por cuestiones de la entidad; por lo que se trata de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la promotora del proceso, puesto que dicho rendimientos se generaron por la buena administración y gestión que realizó la entidad.

Además, en caso de ser declarada la ineficacia del traslado, la consecuencia jurídica es que las cosas vuelvan a su estado anterior, por lo que se debe trasladar solo

los aportes que se encuentren acreditados para el momento de dicha declaración en la cuenta de ahorro individual de la demandante, sin los rendimientos generados ya que estos se generaron exclusivamente en el RAIS por mandato de la ley.

COLPENSIONES solicitó que se revoque la sentencia en su totalidad, toda vez que la decisión de primera instancia no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, entendida en que Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre la actora y las AFPS Porvenir y Protección, y en razón a que todos esos actos jurídicos tienen efectos *Inter partes*; de suerte que la entidad no debe verse favorecida ni mucho menos perjudicada con la misma; por lo cual requiere no sea obligada a recibir a la actora como afiliada de nuevo al RPM; ya que ello afectaría gravemente el equilibrio financiero del Sistema de la Seguridad Social en pensiones, el cual fue establecido por el Acto Legislativo 01 de 2005; debiéndose tener en cuenta el impacto en la reserva pensional.

Así mismo, manifestó que debe tenerse en cuenta la teoría del daño del derecho civil «*quien causa el daño es quien debe repararlo*»; siendo entonces las AFP quienes deban asumir la diferencia pensional que la demandante obtiene de un régimen pensional a otro, en razón a que no debe ser Colpensiones quien asuma dicha pensión o dicha diferencia, ya que el acto jurídico celebrado fue dado mediante maniobras o engaños de parte de dichas entidades quienes incumplieron con su deber legal de información e indujeron en error a la demandante.

Por último, solicitó que en caso de ordenarse el retorno de la demandante se condene a las AFP que incumplieron con su deber de información pagar los efectos económicos que generó la ineficacia de traslado.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por las demandadas, así como en 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 la demandante a través de la AFP Porvenir S.A. y con otras 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 los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora MÓNICA RUDD HERRERA se afilió al ISS donde aportó desde el 15 de mayo de 1987, al 31 de agosto de 1997, un total de 333,14 semanas de cotización (Exp. Digital cuaderno 16); *ii)* que el **20 de agosto de 1997**, suscribió formulario de traslado al RAIS con Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A. (Exp. Digital cuaderno 04); y *iii)* que posteriormente, el 25 de enero de 1999, suscribió formulario de afiliación con la AFP Protección y el 9 de agosto de 2010, se afilió a la AFP ING hoy Protección S.A., entidad en cual se encuentra vinculada 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 –**20 de agosto de 1997**-, 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 S.A. 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, que en este asunto la AFP Porvenir S.A. no allegó al plenario prueba alguna que demuestre que para el **20 de agosto de 1997**, ilustró a la accionante sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, tan solo aportó el formulario de afiliación.

Frente a lo cual, 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 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.

Ahora, respecto del hecho de que la actora haya laborado para una AFP tampoco determina que debiera conocer sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales; pues dicha obligación es exclusiva de los fondos privados quienes debieron preparar a sus asesores previó a capturar afiliados; demostrándose que tan solo brindaron información positiva del régimen, pero no los demás aspectos de éste. Aunado que como bien lo refiere el recurrente la actora ni

siquiera laboró en el área pensional; no siendo su deber tener conocimiento frente a dicho tema.

Se suma a lo anterior, que la carga de la prueba en cuanto al deber de información y asesoría, está en cabeza de las administradoras de pensiones, con total independencia de las circunstancias particulares de cada afiliado. Sobre este puntal aspecto, cabe traer a colación lo dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL2058-2022, en donde se puntualizó:

[...] se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, corre por cuenta de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación¹; (ii) 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 (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4426-2019).

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.

¹ En tal sentido, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

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 como erradamente lo señala el apelante, 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 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 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, entre muchas otras); como en este caso, todo 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.

Lo anterior, también tiene sustento en sentencia CSJ SL843-2022, en la que se dijo:

Paralelamente, se ordenará a Porvenir S.A, Protección S.A. y a Colfondos S.A., a trasladar a Colpensiones las comisiones y los gastos de administración que fueron cobrados durante todo el tiempo de afiliación de la demandante, así como los valores de las primas de los seguros previsionales y el porcentaje de la cotización destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los cuales deberá cancelar debidamente indexados, y que deberá asumir con cargo a sus propios recursos.

Lo anterior, por cuanto al declararse la ineficacia del traslado, las cosas vuelven a su estado anterior, de manera que la administradora tiene que asumir los deterioros del bien administrado, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta del fondo, al haber incurrido en la omisión de brindar la información adecuada, oportuna y suficiente al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuentan de la cotización y de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

Por tal razón, esa declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes

para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020). (subrayado y negrilla fuera el texto original).

Por lo tanto, se hace necesario **adicionar** la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar a la AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. el traslado a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de ellas, las cotizaciones recibidas en su integridad con motivo de la afiliación de la señora MÓNICA RUDD HERRERA, 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 la *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 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). Lo cual tampoco resulta respecto de los gastos de administración y sumas adicionales.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

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,

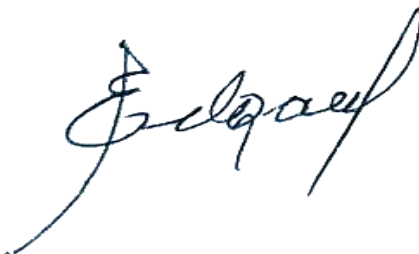
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal tercero y cuarto de la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., únicamente en el sentido de **CONDENAR** a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de ellas, 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 su permanencia en esta. 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.

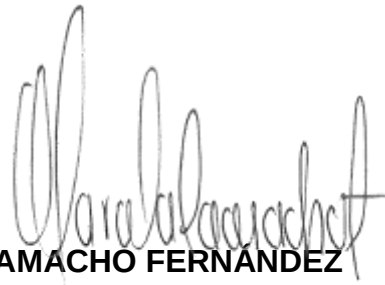
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



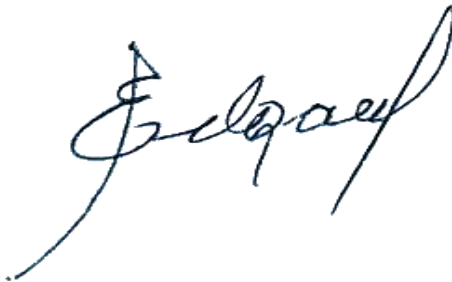
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

(En uso de permiso)

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones en la suma de \$1.000.000., a cargo de 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 CARMEN ZAMBRANO RUIZ
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, AFP COLFONDOS Y AFP PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre 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 **CARMEN ZAMBRANO RUIZ**, se declare la ineficacia del traslado en pensiones del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones hacía el régimen de ahorro individual con solidaridad; se declare que siempre ha estado válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida. Como consecuencia, se ordene a Colfondos S.A. a trasladar los aportes en pensiones realizados por la aseguradora como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, rendimientos que se hubieren causado hasta la fecha de efectividad de las transferencia; se condene a Colpensiones a validar los aportes en pensión trasladados por Colfondos S.A. e incorporarlos en la historia laboral; se condene al pago de costas procesales y agencias en derecho y se haga uso de las facultades ultra y extra petita (f° 43).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.° 40 a 42), señaló en síntesis, que nació el 7 de mayo de 1962; que durante su vida laboral estuvo afiliada

en el régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy Colpensiones; que posteriormente se afilió a Colfondos S.A.

Narró, que para el momento del traslado a Colfondos S.A. los asesores no le brindaron la información debida acerca de los efectos y consecuencias del traslado de régimen; que por el contrario le garantizaron que dicho régimen se pensionaría mejor; que no se le hizo un comparativo entre ambos regímenes; que no le hicieron un estudio individual previo, concreto de índole técnico y financiero que le permitiera dimensionar la trascendencia de su decisión y objetivar las ventajas y desventajas de uno y otro régimen.

Adujo, que el 9 de agosto de 2018, elevó derecho de petición ante Colfondos solicitando copia de los estudios que se le realizaron previa su afiliación, así como también se certificará si había existido alguna reasesoría posterior a la afiliación inicial; que el 22 de agosto de 2018, le dieron respuesta señalando que dicha información se había entregado de manera verbal.

Refirió, que actualmente cuenta con 1,694 semanas de cotización; que al efectuar los cálculos matemáticos en el régimen de prima media con prestación definida teniendo en cuenta lo cotizado en sus últimos 10 años, su mesada pensional ascendería a la suma de \$2.898.462; que mediante proyección pensional efectuada por Colfondos su mesada pensional sería de \$1.762.473; que presentó solicitud de traslado ante Colpensiones el cual se fue negado el 4 de agosto de 2018.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A. contestó (f.º 102-127), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó fecha de nacimiento de la demandante, afiliación al régimen de prima media a través de Colpensiones, traslado a dicho fondo, que no se le hizo un comparativo entre ambos regímenes por no exigirse para el momento del traslado como tampoco de proyección de mesada pensional, petición que fue presentada ante la entidad y su respuesta. Respecto de los demás hechos dijo no constarle los numerales 14 y 16, y no ser ciertos los restantes.

Propuso como excepciones de fondo inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios del consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad, buena fe, innominada o genérica.

COLPENSIONES contestó (f.º142-149), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos señaló ser cierto fecha de nacimiento de la actora y petición presentada ante la entidad, parcialmente cierto el numeral 2, indicando que es cierta la fecha de afiliación de la señora Carmen a dicho régimen, pero que no reposan cotizaciones a partir del año 1995; respecto de los demás hechos, dijo no constarle.

Propuso como excepciones de fondo imposibilidad de declaratoria de nulidad del traslado y ausencia de vicios del consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, imposibilidad jurídica de efectuar la activación de la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, buena fe, prescripción, compensación e innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (fº 170-182), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En relación a los hechos manifestó dijo no constarle. Propuso como excepciones de fondo prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 9º del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 11 de agosto de 2021 (CD fº 309), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó la demandante CARMEN ZAMBRANO RUIZ, entre el RPM administrado por el entonces ISS, hoy Colpensiones, al RAIS administrado por COLFONDOS el 25 de abril de 1995.

SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante CARMEN ZAMBRANO RUIZ, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones, de acuerdo con expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONDENAR a LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante CARMEN ZAMBRANO RUIZ, durante la vigencia de su afiliación a ese fondo de pensiones, por lo considerado.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de COLFONDOS y PORVENIR, todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral de la demandante las correspondientes sumas, de acuerdo con lo motivado.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas en sus contestaciones.

SEXTO: COSTAS lo serán a cargo de COLFONDOS S.A. tásense por secretaria, fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a 1 SMLMV, de conformidad con la parte considerativa de este fallo.

Fundamentó su decisión, citando el literal b) del artículo 13 y el artículo 171 de la Ley 100 de 1993; así mismo, trajo a colación la línea jurisprudencial establecida por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral relacionada con la ineficacia del traslado, específicamente en lo que tiene que ver con el deber de información a cargo de las AFP, carga de la prueba y que no es necesario que el afiliado tenga un derecho consolidado o una expectativa legítima.

Señaló, que la demandante estuvo afiliada al régimen de prima media en donde cotizó 566,57semanas; posteriormente se trasladó al RAIS con Colfondos S.A. el 24 de abril de 1995, después a Porvenir S.A. el 5 de noviembre en 1999, luego a Horizonte hoy Porvenir el 28 de septiembre de 2004 y finalmente, retorno a Colfondos en el año 2005, en donde permanece vinculada hasta la actualidad. Igualmente, se tenía de las pruebas arrojadas que en la solicitud de vinculación o traslado inicial a Colfondos se hizo constar que la selección al RAIS se hizo de forma libre, voluntaria y sin presiones; que de las pruebas aportadas y practicadas no permitían establecer que Colfondos al momento del traslado de régimen de la demandante le hubiere señalado las ventajas y desventajas objetivamente de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado que estaba realizando.

Consideró, que de acuerdo con la jurisprudencia, tales circunstancias impidieron que la usuaria contará con elementos de juicio suficientes para determinar qué le resultaba más beneficioso en su caso y de este modo expresar su voluntad de manera informada; razón por lo cual debía declararse la ineficacia del traslado solicitado.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación señalando que no existen elementos de juicio que demuestren vicios del consentimiento o dolo en el presente caso, toda vez que no existe una expectativa legítima como quiera que a la hora del traslado la demandante contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión. Además, que no era beneficiaria del régimen de transición para proceder a su regreso en cualquier tiempo como lo manifiesta la

sentencia SU 130 de 2013, por lo que la promotora del proceso debe sostenerse a los mandatos del sistema general de pensiones en el régimen al cual se encuentra afiliada.

Trajo como referencia la sentencia No. 2016- 087 de 17 de enero de 2017, del Tribunal Superior de Pereira, en la cual se expuso que la simple manifestación de inconformidad respecto del valor de la mesada el cual puede resultar superior en el régimen de prima media que en el RAIS, por sí solo no constituye prueba que dé cuenta que el traslado que hizo la demandante se hizo por un engaño o una equivocada información, siendo en realidad que en el presente caso no se logró probar una información equivocada o falaz por parte del fondo, máxime si se tiene en cuenta que para el año de traslado de la demandante los fondos solo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones a la hora del traslado; por lo tanto, no hay lugar a la ineficacia solicitada pues lo que existió fue un desinterés o descuido por parte de la parte actora, quien decide seguir cotizando en el RAIS de manera libre y voluntaria.

COLFONDOS S.A. argumentó que la promotora del proceso suscribió su formulario de afiliación con el pleno uso de su autonomía de la voluntad, entendido como la facultad que otorga el ordenamiento jurídico para que los administrados puedan regular sus propios intereses, aunado a que no pudo probar vicio del consentimiento como fuerza, error o dolo respecto al error este se alega por la mesada pensional que podría ser mayo en Colpensiones; lo cual se denota básicamente un error frente a las condiciones mismas del régimen de cómo se calcula las mesadas pensionales, encontrándose la demandante en una posición de error de derecho; no obstante, no se trata de un error de hecho toda vez que no afecta este negocio jurídico.

PORVENIR S.A. solicitó se revoque la condena, teniendo en cuenta que la entidad entregó información clara, precisa y veraz; que la demandante bajo el libre albedrío, consentimiento y en el ejercicio al derecho de elección de régimen pensional, decidió de manera voluntaria afiliarse a la entidad. En este sentido, el condenarse a la devolución de gastos de administración y comisiones, configura en un castigo por su excelente administración, no puede olvidarse que los dineros aportados en la cuenta de ahorro individual no sufrieron deterior alguno y en ese sentido se estaría generando un enriquecimiento ilícito a favor de la parte demandante, puesto que estas sumas no son las determinadas por el artículo 113 literal b) de la Ley 100 de 1993; que tampoco se puede desconocer el concepto de la Superintendencia Financiera radicado 2019, 1522169003000 del 17 de enero del año 2020, en el cual se manifestó que en dado caso de que se genere una declaratoria de ineficacia o nulidad de traslado, las únicas

sumas a devolver en este sentido son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda en este sentido de gastos de administración o comisiones.

Resaltó, que la entidad entregó a Colfondos todas las sumas de la cuenta de ahorro individual a las que había lugar, lo que quiere decir que las sumas respecto a los gastos de administración o comisiones ya no hacen parte de la entidad, queriendo decir que tales circunstancias ya no podrían ser devueltas en este sentido. También solicitó la aplicación a la figura de prescripción sobre los dineros concernientes a los gastos de administración y comisión, teniendo en cuenta que los mismos no financian la mesada pensional de actora; por ende, se encuentran afectados por tal figura.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última en lo que no fue objeto 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 Colfondos 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 los siguientes supuestos fácticos: i) que la señora CARMEN ZAMBRANO RUIZ se afilió al ISS donde aportó desde 1° de marzo de 1982, al 30 de abril de 1995, un total de 566,43 semanas de cotización (f° 38); ii) que el **25 de abril de 1995**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Colfondos S.A. (f.° 79); iii) que el 28 de septiembre de 2004, se vinculó a Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A. (f° 299); y iv) posteriormente, se retornó a la AFP Colfondos S.A. el 22 de julio de 2005, entidad en la que se encuentra actualmente (f°. 28l).

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, 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 –**25 de abril 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 Colfondos 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).

La AFP Colfondos, aportó al expediente el formulario de solicitud de afiliación y traslado suscrito el **25 de abril de 1995**, 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; no resultando obligatorio para esta Sala de decisión dar aplicación a otras sentencias proferidas por otras Salas Laborales de otros Tribunales del país, pues se trata de un precedente horizontal el cual no resulta vinculante.

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 Horizonte hoy Porvenir S.A., 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.

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.**

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, 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.

Así como también dicha obligación está a cargo de la AFP Porvenir S.A., pues así también lo ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral como se pudo ver en sentencia CSJ SL843-2022, en la dijo:

Paralelamente, se ordenará a Porvenir S.A, Protección S.A. y a Colfondos S.A., a trasladar a Colpensiones las comisiones y los gastos de administración que fueron cobrados durante todo el tiempo de afiliación de la demandante, así como los valores de las primas de los seguros previsionales y el porcentaje de la cotización destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los cuales deberá cancelar debidamente indexados, y que deberá asumir con cargo a sus propios recursos.

Lo anterior, por cuanto al declararse la ineficacia del traslado, las cosas vuelven a su estado anterior, de manera que la administradora tiene que asumir los deterioros del bien administrado, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta del fondo, al haber incurrido en la omisión de brindar la información adecuada, oportuna y suficiente al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuentan de la cotización y de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

Por tal razón, esa declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020). (subrayado y negrilla fuera el texto original).

Por lo tanto, se hace necesario adicionar la sentencia de primer grado, en el sentido de condenar a la AFP Colfondos S.A. y Porvenir S.A., a pagar con su propio patrimonio, 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, toda vez que la 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 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), lo cual tampoco resulta respecto de los gastos de administración y sumas adicionales.

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 las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS 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,

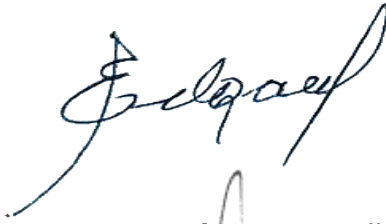
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR los ordinales segundo y tercero de la sentencia proferida por el Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a las AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., a pagar con su propio patrimonio y trasladar a Colpensiones, 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, durante el tiempo de permanencia de la demandante en cada una de ellas. 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.

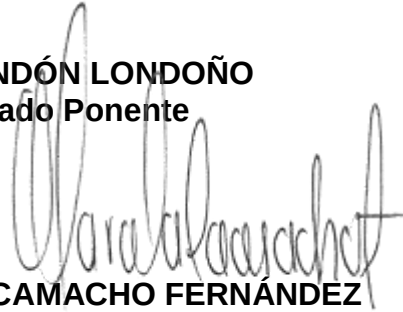
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
(En uso de permiso)

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir, Colfondos y Colpensiones, en la suma de \$1.000.000 a cargo de 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 LAURA GYSELLA DEL PILAR BELTRÁN ENCISO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, AFP COLFONDOS S.A. Y AFP PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre 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 **LAURA GYSELLA DEL PILAR BELTRÁN ENCISO**, se declare la nulidad del cambio de régimen pensional; en consecuencia, se ordene a Colfondos S.A. a traspasar todos los dineros aportados a Colpensiones y se ordene a esta última entidad administrar los dineros aportados a pensión y así recuperar el régimen de prima media con prestación definida (Exp. Digital- cuaderno 01).

Como hechos fundamento de las pretensiones (Exp. Digital- cuaderno 01), señaló en síntesis, que desde que comenzó su vida laboral cotizó al ISS; que para el año 2001, su empleador Secretaría de Educación de Bogotá la obligó a cambiarse de régimen pensional al RAIS a través de Horizonte pensiones y cesantías; que con posterioridad Colfondos se comunicó con ella diciéndole que se estaba consignado dinero proveniente de la Secretaría de Educación de Bogotá, pero sin fundamento dado no tenía contrato con esa entidad, conminándola a legalizar el traspaso.

Narró, que al momento de trasladarse de Colpensiones a Horizonte y a Colfondos, dichas administradoras no le dieron información clara sobre la proyección en valores

reales de un cambio de régimen pensional, simplemente se limitaron a llenar un formato de vinculación, el cual nunca le fue entregado; que si bien es cierto desde el 2001, ha estado afiliada de manera ininterrumpida con diversas administradoras de fondos privadas, solo hasta el año 2019, se da cuenta del error tan trascendental en el que la hizo incurrir tanto la Secretaría de Educación de Bogotá como las AFP en que estuvo afiliada, ya que fue para dicha data que se enteró del monto de la pensión.

Acotó, que para el año 2015, solicitó el cambio de régimen ante Colpensiones, la cual le fue negada el 22 de abril del mismo año; que también realizó petición ante Colfondos para que le fuera entregada la documentación que se encontrará en su poder y se declarará ineficaz el traslado, contestándose por parte de dicha entidad que no obraba dentro de sus archivos copia de afiliación y que no era posible declarar la ineficacia del traslado.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A. contestó (Exp. Digital- cuaderno 01- pág. 70-79), sin oponerse a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó la fecha de petición prestada por la demandante y respuesta, dijo no constarle los numerales 1, 2, 9 a 11, y no ser ciertos los demás. Propuso como excepciones de fondo, buena fe, innominada o genérica, compensación y pago.

COLPENSIONES contestó (Exp. Digital- cuaderno 01- pág. 86), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó fecha de nacimiento de la demandante, su afiliación a dicho régimen, semanas cotizadas, solicitud de retorno a dicho régimen efectuado por la actora y respuesta negativa; frente a los demás hechos, dijo no ser cierto el numeral 10 y no constarle los demás. Propuso como excepciones de fondo, prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación del derecho por falta de causa y título para pedir.

PORVENIR S.A. contestó (Exp. Digital- cuaderno), también oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos dijo no ser ciertos los numerales 6 a 8, y no constarle los demás. Propuso como excepciones de fondo, 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 1° Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá**, quien asumió el presente proceso de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA21-11766 del 11 de marzo de 2021, mediante sentencia del 11 de noviembre de 2021 (Exp. Digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la señora LAURA GYSELLA DEL PILAR BELTRÁN ENCISO, identificada con C.C N.° 39.682.216, del régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con solidaridad a través de la AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, efectuado el día 06 de diciembre de 2001, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante LAURA GYSELLA DEL PILAR BELTRÁN ENCISO, identificada con C.C N.° 39.682.216, al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, como si nunca se hubiera trasladado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora LAURA GYSELLA DEL PILAR BELTRÁN ENCISO, identificada con C.C N.° 39.682.216, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES PROPUESTA POR LA PASIVA.

QUINTO: ABSOLVER a las entidades demandadas de las demás pretensiones invocadas.

SEXTO: Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A. a favor del demandante. Fíjese la suma de \$500.000 como agencias en derecho a cargo de cada uno de las accionadas.

Fundamentó su decisión, haciendo una relación jurisprudencial relacionada con la ineficacia del traslado en consideración con el alcance del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, esto es referente a la ilustración informada tanto de los aspectos favorables como los desfavorables del cambio de régimen pensional; sobre el capital que se requería o que necesitaba para obtener una pensión en el RAIS; sobre el consentimiento informado el cual no se prueba con la sola firma del formulario de afiliación.

Arguyó, que el Decreto 663 de 1993, norma vigente para el año 2001, establecía que las entidades vigiladas debían suministrar a los usuarios una información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realizará, para que a través de elementos de juicio claros y objetivos, esos usuarios pudieran escoger las mejores opciones del mercado.

Sostuvo, que en el presente caso la demandante estuvo afiliada al ISS desde el 22 de junio de 1988 hasta el 31 de marzo de 1995, así mismo se observaba que la demandante había efectuado su traslado al RAIS el 25 de julio de 2007, a través de Colfondos; no obstante, revisado el SIAFP se había observado que el 6 de diciembre de 2001, la demandante se afilió a Colfondos siendo en dicha data que realmente se trasladó al RAIS; que verificada la contestación de la demanda de Colfondos se podía extraer de la misma que tal entidad tenía claro cuáles eran sus obligaciones de información al momento del traslado, pero a pesar de ello no obraba dentro del plenario ninguna prueba que demostrará que hubiere impartido dicha información; aunado a que tampoco se había aportado el formulario de vinculación.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación solicitando sea modificada y adicionada la decisión de primera instancia, en lo atinente al numeral tercero, en donde se ordenó a Colfondos a trasladar a Colpensiones los saldos de la cuenta de ahorro individual, junto con rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración, por lo cual se solicita que dichos gastos de administración se trasladen de forma indexada teniendo en cuenta el paso del tiempo y la depreciación monetaria que ha sufrido dichos gastos. Además, de que en los últimos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha señalado sobre la indexación de dichos gastos.

De otra parte, de manera adicional pretende que las condenas establecidas en el numeral tercero también sea extensiva a Porvenir S.A., por haber administrado la cuenta de la demandante desde el año 2002, hasta el año 2009, ya que durante ese tiempo descontó gastos de administración de esa cuenta pensional, pues al momento en que se surtió el traslado Porvenir no trasladó esos gastos de administración, debiéndose tenerse en cuenta que la corte también ha dicho de que esos gastos de administración debe ordenarse a todos los fondos de pensiones en donde haya estado afiliado el promotor del proceso en proporción al tiempo de su permanencia en cada una de las administradoras de pensiones.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de está en lo no apelado, 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 la demandante a través de la AFP Colfondos S.A. y posteriormente a 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 Laura Gysella Del Pilar Beltrán Enciso se afilió al ISS donde aportó desde el 26 de junio de 1988, al 31 de marzo de 1995 (Exp. Digital CD f° 50); *ii)* que el **6 de diciembre de 2001**, se trasladó al RAIS a través de la AFP Colfondos, de acuerdo al informe suministrado por el SIAFP (Exp. Digital – cuaderno 6); *iii)* que el 19 de julio de 2002, se trasladó a Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A., y *iv)* que el 25 de julio de 2009, retornó a Colfondos S.A., entidad en cual se encuentra vinculada actualmente (Exp. Digital – cuaderno 1).

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 **–6 de diciembre de 2001–**, 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 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, que en este asunto la AFP Colfondos S.A. no allegó al plenario prueba alguna que demuestre que para el **6 de diciembre de 2001** ilustró a la accionante sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, ya que ni siquiera se aportó el formulario de afiliación.

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 Colfondos a Porvenir S.A., 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.

Se suma a lo anterior, que la carga de la prueba en cuanto al deber de información y asesoría, está en cabeza de las administradoras de pensiones, con total independencia de las circunstancias particulares de cada afiliado. Sobre este puntal

aspecto, cabe traer a colación lo dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL2058-2022, en donde se puntualizó:

[...] se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, corre por cuenta de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación¹; (ii) 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 (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4426-2019).

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 revertir 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.

Entonces, al no haber constancia de que Colfondos 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**.

¹ En tal sentido, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

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 Colfondos S.A, 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 tal y como lo manifestó el apelante 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, entre muchas otras); como en este caso, todo 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.

Así como también se dispondrá la devolución de dichos rubros a cargo de la AFP Porvenir S.A., asistiéndole también razón al recurrente sobre este punto, pues así también lo ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral como se pude ver en sentencia CSJ SL843-2022, en la dijo:

Paralelamente, se ordenará a Porvenir S.A, Protección S.A. y a Colfondos S.A., a trasladar a Colpensiones las comisiones y los gastos de administración que fueron cobrados durante todo el tiempo de afiliación de la demandante, así como los valores de las primas de los seguros previsionales y el porcentaje de la cotización destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los cuales deberá cancelar debidamente indexados, y que deberá asumir con cargo a sus propios recursos.

Lo anterior, por cuanto al declararse la ineficacia del traslado, las cosas vuelven a su estado anterior, de manera que la administradora tiene que asumir los deterioros del bien administrado, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta del fondo, al haber incurrido en la omisión de brindar la información adecuada, oportuna y suficiente al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuentan de la cotización y de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

Por tal razón, esa declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020). (subrayado y negrilla fuera el texto original).

Por lo tanto, se hace necesario **adicionar** la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar a la AFP COLFONDOS y PORVENIR S.A. el traslado a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad con motivo de la afiliación de la señora LAURA GYSELLA DEL PILAR BELTRÁN ENCISO, 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 la *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 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). Lo cual tampoco resulta respecto de los gastos de administración y sumas adicionales.

COSTAS

Sin costas en esta instancia, como quiera que el recurso de alzada prosperó parcialmente.

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:

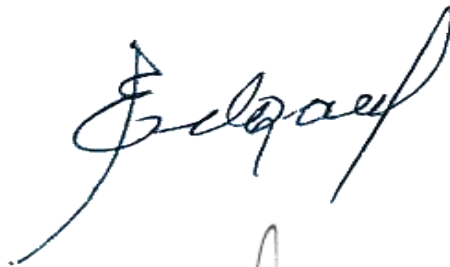
PRIMERO: ADICIONAR el ordinal tercero de la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado 1° Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el

sentido de **CONDENAR** a Colfondos S.A. y Porvenir S.A. 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 la demandante estuvo afiliada en cada una de estas. 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.

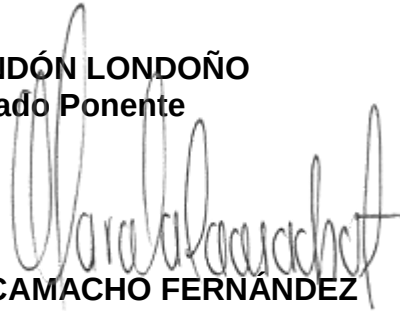
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
(En uso de permiso)

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 RAFAEL DE JESÚS PERALTA CASTRO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre 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 **RAFAEL DE JESÚS PERALTA CASTRO**, se declare que existió un vicio del consentimiento en el contrato suscrito con la AFP Porvenir S.A.; se declare que dicha entidad incurrió en omisión al no informar todos los beneficios y desventajas que se tenían del RAIS. En consecuencia, se condene a la AFP Porvenir S.A. a trasladar todos los aportes cotizaciones en el RAIS al RPM administrado por Colpensiones; se condene a Colpensiones a aceptar dichos aportes y registrarlo como su afiliado, al pago de costas y agencias en derecho (f° 36-37).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 37-38), señaló en síntesis, que estuvo afiliado al ISS desde el mes de junio de 1980; que posteriormente fue afiliado a CAJANAL desde el mes de mayo de 1982; que en el mes de marzo de 2001, al no recibir información clara, técnica y adecuada firmó formulario de vinculación con la AFP Porvenir S.A.; que en el momento del traslado el asesor no le hizo saber de los riesgos que existían al trasladarse a ese régimen, ni le advirtió que la pensión podría ser inferior a la del régimen de prima media; tampoco se advirtieron que los cálculos estimados

estarían sometidos al vaivén del mercado; que el valor de pensión de la pensión dependía de la modalidad pensional que escogiera.

Refirió, que el 22 de agosto de 2018, presentó ante Porvenir S.A. solicitud de nulidad de la afiliación; que de igual forma le pidió a Colpensiones en la misma fecha, que fuera recibido en dicho régimen; que frente a estas peticiones, Colpensiones negó la misma y Porvenir S.A. guardó silencio.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

PROVENIR S.A. contestó (f° 71-77), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, señaló no constarle los numerales 1, 9 a 12 y no ser ciertos los demás. Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, innominada o genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría del fondo.

COLPENSIONES contestó (f° 83-93), también oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó petición prestada por el actor y contestación; en relación a los demás, señaló no ser cierto el numeral 8 y no constarle los demás. Propuso como excepciones de mérito, las de imposibilidad de declaratoria de nulidad de traslado y ausencia de vicios del consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, imposibilidad jurídica de efectuar la activación de la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, buena fe, prescripción, compensación e innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 20 de agosto de 2021 (CD f° 274), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó el demandante RAFAEL DE JESÚS PERALTA CASTRO, entre el RPM administrado por el entonces ISS, hoy Colpensiones, al RAIS administrado por PORVERNIR, el 14 de febrero de 2001.

SEGUNDO: CONDENAR a LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante RAFAEL DE JESÚS PERALTA CASTRO, sin

descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones, de acuerdo con expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR, todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral del demandante las correspondientes sumas, para considerarlas a efectos de definir la situación pensiones de aquella.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas en sus contestaciones.

QUINTO: COSTAS lo serán a cargo de PORVERNIR S.A. tásense por secretaria, fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a 1 SMLMV, de conformidad con el Acuerdo PSAA 16-10554 de la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura.

Fundamentó su decisión, citando el literal b) del artículo 13 y el artículo 171 de la Ley 100 de 1993; así mismo, trajo a colación la línea jurisprudencial establecida por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral relacionada con la ineficacia del traslado, específicamente en lo que tiene que ver con el deber de información a cargo de las AFP, carga de la prueba y que no es necesario que el afiliado tenga un derecho consolidado o una expectativa legítima.

Señaló, que el demandante estuvo afiliado al régimen de prima media con el ISS a partir del 3 de junio de 1980, donde cotizó 369,14 semanas; que también estuvo afiliado a CAJANAL donde registró 708,86 semanas; que se trasladó al RAIS el 14 de febrero de 2001; que de las pruebas decretadas y practicadas no permitían determinar que PORVENIR en el tránsito del RPM al RAIS hubiera indicado las características, ventajas y desventajas objetivas en los regímenes vigentes, advirtiendo la sentenciadora que las consecuencias jurídicas de los traslados no se cumple solamente poniéndole de presente las características del RAIS, pues acorde a la jurisprudencia la AFP había impedido que el actor conociera las verdaderas consecuencias de su traslado de régimen.

Agregó, que el hecho de que el señor Rafael Peralta fuera economista no significaba que conociera las implicaciones del traslado, por lo que declaró ineficaz el traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación argumentando que debe tenerse en cuenta la sentencia con radicado No.2016-087 del 17 de enero de 2017, proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en donde se indica que la simple manifestación de inconformidad respecto del monto de la mesada que va a recibir en el

RAIS, por sí solo no constituye prueba de que el traslado que realizó el demandante haya sido un engaño o falta de información por parte del fondo.

Arguyó, que no se logró probar una información equivocada del fondo, máxime que para el año del traslado del actor los fondos solo tenían la obligación de brindar la información respecto del traslado; por lo tanto, no hay lugar a la ineficacia solicitada, que es producto del desinterés o descuido por parte del promotor del proceso, quien decide seguir cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria.

PORVENIR S.A. también interpuso recurso de apelación señalando que si bien existe un precedente del órgano de cierre la jurisdicción citada por la *a quo*, dicho precedente se debe aplicar de manera objetiva ya que se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto y es así como en el presente caso el demandante no puede seguir beneficiándose de su negligencia o culpa, excusándose en falta de información cuando a la fecha el demandante era plenamente capaz de conocer de las implicaciones del traslado y el desconocimiento de la ley no puede seguir siendo excusa.

Acotó, que en el interrogatorio de parte el señor Rafael había señalado que no se acordaba de lo informado al momento del traslado, más no que no se hubiera suministrado dicha información, por lo que debía dejarse de imponer a las AFP obligaciones imposibles de cumplir como suministrar un documento diferente de los formatos de afiliación que a la fecha era lo que se requería para estar legalmente constituido.

Adujo, que se aparta del fallo en relación a que hubo una inexistencia del acto y que se debe retractar al estado inicial, lo cual es contradictorio, puesto que si no existió el acto no debería devolverse los frutos e interés del trabajo de más de 20 años del cual el actor se benefició y no se recibió queja alguna; trayendo como respaldo la sentencia T-569 del 2015, que alude al principio de favorabilidad laboral cuando surge la duda de la disposición jurídica aplicable.

Respecto a la devolución de los gastos de administración, manifestó que tampoco es factible teniendo en cuenta que ello se encuentra permitido por la Ley 100 de 1993, aunado a que los mismos están sujetos a la prescripción porque no son parte de la pensión.

Finalmente, trajo a colación la sentencia C- 157 del 2013, de donde se desprende que las costas no se originan de una indemnización, entonces Colpensiones también debe ser condenada en costas al resultar vencida en la decisión de primera instancia.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por las demandadas, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones en lo no apelado, 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 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 el actor en el RAIS. Igualmente, se analizará si procede la condena en costas a Colpensiones en primera instancia.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor RAFAEL DE JESÚS PERALTA CASTRO se afilió al ISS donde aportó desde el 3 de junio de 1980, al 28 de febrero de 2001, cotizando un total de 369,14 semanas (f° 95); **ii)** que efectuó cotizaciones con CAJANAL desde el 3 de mayo de 1982, al 14 de febrero de 1996 (f° 7); **iii)** que el **14 de febrero de 2001**, suscribió formulario de traslado al RAIS con la AFP Porvenir S.A (f° 65); y **iv)** el 31 de agosto de 2005, se trasladó a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., entidad en cual se encuentra vinculado 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 –**14 de febrero de 2001**-, 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 S.A. 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, que en este asunto la AFP Porvenir S.A. no allegó al plenario prueba alguna que demuestre que para el **14 de febrero de 2001**, ilustró al accionante sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, tan solo aportó el formulario de afiliación.

Frente a lo cual, 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 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.

Ahora, respecto de los argumentos de que el demandante en el interrogatorio de parte manifestó no recordar algunas de los aspectos que le fueron informados al momento del traslado, no conlleva a determinar que solo por ello la AFP cumplió con su deber de información, pues previamente la AFP debió acreditar bajo otras pruebas de convicción de que en efecto cumplió con su deber de información.

Se suma a lo anterior, que la carga de la prueba en cuanto al deber de información y asesoría, está en cabeza de las administradoras de pensiones, con total independencia de las circunstancias particulares de cada afiliado. Sobre este puntal aspecto, cabe traer a colación lo dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL2058-2022, en donde se puntualizó:

[...] se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, corre por cuenta de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación¹; (ii) 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 (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4426-2019).

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.

¹ En tal sentido, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

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.

No siendo obligatorio para esta Sala de decisión como lo pretende el recurrente dar aplicación a otras sentencias proferidas por otras Salas Laborales de otros Tribunales del país, pues se trata de un precedente horizontal el cual no resulta vinculante.

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).

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 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,

entre muchas otras); como en este caso, todo 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 PORVENIR S.A. el traslado a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad con motivo de la afiliación del señor RAFAEL DE JESÚS PERALTA CASTRO, 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 la *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 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). Lo cual tampoco resulta respecto de los gastos de administración y sumas adicionales.

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA

En cuanto a la condena en costas a Colpensiones en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas a la parte vencida en el proceso, luego al resultar Colpensiones también vencida en juicio en tanto tiene que recibir al actor y activar su afiliación, además de presentar oposición a las pretensiones de la demanda, debe ser condenada en costas.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas como quiera que sus recursos de alzada no salieron avante.

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:

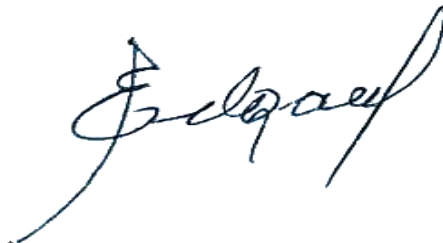
PRIMERO: ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., únicamente en el sentido de **CONDENAR** a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquellas, los gastos de administración, 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 su permanencia en esta. 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 el ordinal quinto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** en costas en dicha instancia a cargo también de Colpensiones.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



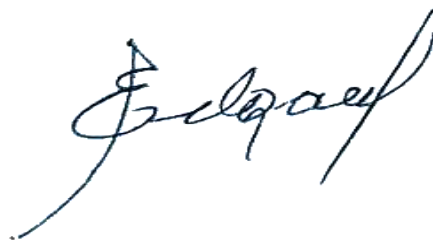
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

(En uso de permiso)

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir, y Colpensiones, en la suma de \$1.000.000, a cargo de 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 SOFÍA MARTÍNEZ CASTRO
ZAMBRANO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre 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 SOFÍA MARTÍNEZ CASTRO**, se declare la nulidad del traslado de régimen del RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., por el incumplimiento de los deberes legales de información y deber de asesoría, los cuales generaron un error de hecho que vicio el consentimiento; que se declare que se encuentra válidamente afiliada al RPM con Colpensiones. Como consecuencia de lo anterior, se condene a Porvenir S.A. a registrar en su sistema de información que la afiliación al RAIS estuvo viciada de nulidad por error de hecho, por el incumplimiento de los deberes legales de información; se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos e intereses a que haya lugar; se condene a Colpensiones activar la afiliación, al pago de costas y agencias en derecho, así como que resulte probado ultra y extra petita, y (f° 3-4).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 4-6), señaló en síntesis, que nació el 7 de enero de 1962; que empezó a cotizar al sistema de pensiones a través del ISS con el empleador EVENTUALES LTDA desde el 9 de julio de 1991, hasta el 30 de marzo de 1992; que continuó cotizando para su pensión en CAJANAL a través de la DIAN

desde el 29 de abril de 1992, hasta el 30 de enero de 1995; posteriormente, cotizó de nuevo en el ISS con la DIAN del 1° de febrero de 1995, al 31 de mayo de 1998; por lo que para el 31 de mayo de 1998, ya tenía 353 semanas de cotización.

Relató, que la AFP Porvenir S.A. la persuadió en mayo de 1998, para que se vinculará a dicho régimen de pensiones haciéndole creer que era lo más conveniente, no le informó las implicaciones de trasladarse de régimen pensional; tampoco le dijo sobre las desventajas o riesgos de afiliarse al RAIS; que no la ilustró sobre los distintos escenarios comparativos de pensión de uno u otro régimen pensional; no le dijo sobre los beneficios de permanecer afiliado en el RPM.

Detalló, que en el mes de enero de 2019, a través de un análisis actuarial obtuvo conocimiento que su mesada pensional en el RAIS sería la mitad de aquella que hubiese correspondido en el RPM, conociendo en dicho momento las implicaciones y perjuicios de haberse trasladado de régimen. En razón a tal situación, radicó ante las demandadas el 5 de abril de 2019, la anulación de la afiliación y traslado de aportes a Colpensiones, y activación de su afiliación en el RPM; sin embargo, para el momento de la presentación de la demanda las accionadas no habían accedido a lo pretendido.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A. contestó (f° 84-109), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, manifestó ser cierto la fecha de nacimiento de la demandante y petición presentada por la actora ante la entidad; respecto de los demás, dijo no constarle los numerales 2 a 5, 15 y 18, y no ser ciertos los demás. Propuso como excepciones de mérito, 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.

COLPENSIONES contestó (f° 163-176), también oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, dijo ser cierta la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación y aportes efectuado en dicho régimen pensional y solicitud de reactivación de afiliación prestada por la actora ante la entidad; respecto de los demás hechos manifestó no constarle. Propuso como excepciones de fondo, las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria e innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 4 de octubre de 2021 (CD f° 196), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la señora ANA SOFÍA MARTÍNEZ CASTRO a la AFP PORVENIR suscrita en mayo de 1998 de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora ANA SOFÍA MARTÍNEZ CASTRO nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por lo tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad a lo expuesto en las consideraciones de la presente sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. sociedad en la cual la actora en la actualidad mantiene vigente su afiliación, trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la señora ANA SOFÍA MARTÍNEZ CASTRO tales como aportes o cotizaciones, bonos pensionales que se hubieran solicitado, sumas adicionales con intereses o rendimientos que hubiere causado en los términos del artículo 1746 del Código Civil, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES admitir el traslado de la señora ANA SOFÍA MARTÍNEZ CASTRO sus aportes al régimen de prima media con prestación definida de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

QUINTO: DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por la pasiva, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEXTO: CONDENAR en costas a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Liquidense por secretaria incluyendo en ellas la suma de \$1.000.000 valor en que se estima las agencias en derecho.

Fundamentó su decisión, haciendo referencia al literal b.) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, consistente en el derecho que les asiste a los trabajadores de escoger libremente entre uno y otro régimen pensional, quienes deben plasmar por escrito dicha vinculación, tal y como aparentemente lo había hecho la parte demandada para mayo de 1998.

Hizo mención a la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral relacionada con la ineficacia del traslado, esto es, frente al deber de información por parte de las AFP, del buen consejo y la carga de la prueba a cargo de dichas entidades. Indicó, que Porvenir S.A. allegó al plenario el formulario de afiliación suscrito

con la demandante para mayo de 1998; que del interrogatorio de parte efectuado por la señora Ana Sofía Martínez, si bien había manifestado algún conocimiento de los requisitos que debía tener el RPM para adquirir una prestación económica, lo cierto era que analizado en su integridad la declaración no se había cumplido con la doctrina probable establecida por la Corte Suprema Sala Laboral.

Afirmó, que no había quedado demostrado que la AFP hubiera cumplido con el contenido y alcance de la información suministrada a la demandante al momento del traslado; que tampoco se había acreditado una confesión por parte de ella; razón por lo cual debía declararse la ineficacia del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación, argumentando que se aparta de las consideraciones del despacho respecto de declarar la ineficacia del traslado, arguyendo que si bien era cierto que la entidad no acreditó un deber de información y de buen consejo al no haber realizado una asesoría a la demandante al momento del traslado, debe considerarse que para la fecha en que se realizó el traslado de régimen pensional, tal y como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, existen 3 etapas históricas así: *i)* el deber de información; *ii)* deber de información y el buen consejo, y *iii)* deber de información y doble asesoría.

Acotó, que la Corte reconoce que estas etapas comenzaron con la expedición de la Ley 100 de 1993, y concluyó con la modificación de deber de información establecida en la Ley 1328 de 2009, es decir, que esta última ley lo que hace es adicionar nuevas obligaciones, por lo que considera que para el momento del traslado estaba vigente lo que corresponde a la primera etapa, observando que la decisión del *a quo* no tuvo en cuenta ello y, por el contrario, trato el deber de información de igual manera sin importar la época; sin precaver que la entidad sí había cumplido con el deber de información exigido para el momento del traslado.

Enfatizó, que la demandante en el interrogatorio de parte había manifestado que la información para la época del traslado se dio solo para aquellas personas que no tenían una densidad de cotizaciones que los hiciera beneficiarios del régimen de transición, probándose con ello unas condiciones especiales de ese deber de información; si bien la Corte ha dicho que el formulario de afiliación solo es prueba del consentimiento y no de la información, existe una distinción en el presente caso y es que para la época del

traslado solo se exigía como elemento de información dicho documento, por lo que exigirse a las AFP aportar otro elemento probatorio es ir más allá.

De otro lado, respecto de los gastos de administración y primas provisionales, señaló que los mismos ya se descontaron y se consumieron como quiera que le generaron rendimientos a la demandante y cubrieron los riesgos de invalidez y muerte; que Colpensiones no va a reconocer la pensión de vejez sobre esos montos, pues de haber seguido la demandante en el RPM también se hubieran descontado; de manera que de devolverse generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

Finalmente, indicó que no se dan los presupuestos del artículo 365 del CGP y por lo tanto, se debe revocar la condena en costas.

COLPENSIONES también interpuso recurso de apelación señalando que para el momento en que la demandante solicitó la ineficacia del traslado contaba con 57 años de edad, es decir, tenía ya la edad para adquirir la pensión de vejez, no siendo viable retornar al régimen de prima media. Además, que el traslado efectuado al RAIS no adolece de los vicios del consentimiento contemplados en el artículo 1508 del Código Civil; igualmente, debe tenerse en cuenta lo concerniente a la sostenibilidad financiera que en reiteradas ocasiones ha señalado la Corte Constitucional.

Solicitó, de manera subsidiaria que en caso de no acogerse a los argumentos expuestos se ordene la devolución de la totalidad de las sumas que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante como son cotizaciones, rendimientos financieros, cuotas abonadas a la garantía de pensión mínima, bonos pensionales y gastos de administración, o los demás a que hubiere lugar, debidamente indexados por el periodo en que permaneció vinculada al fondo privado.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por las demandadas, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones en lo no apelado, 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 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 ANA SOFÍA MARTÍNEZ CASTRO se afilió al ISS donde aportó desde el 9 de julio de 1991, al 31 de mayo de 1998, un total de 207,14 semanas de cotización (f° 24); *ii)* que del 29 abril de 1994, al 31 de enero de 1995, efectuó aportes a CAJANAL (f° 20); y *iii)* que el **22 de mayo de 1998**, suscribió formulario de traslado al RAIS con la AFP Porvenir S.A. (f° 110), entidad en cual se encuentra vinculada 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 como lo pretende Colpensiones, 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.

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 –**22 de mayo 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 Porvenir S.A. 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).

La AFP Porvenir S.A., aportó al expediente el formulario de solicitud de afiliación y traslado suscrito el **22 de mayo de 1998**, 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.

Frente a lo cual, 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 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.

Ahora, respecto del argumento señalado por el recurrente de que sí se le brindó la información suficiente a la demandante al haber manifestado en su interrogatorio de parte que la asesoría al momento del traslado se dio únicamente para aquellas personas que no tenían la densidad de semanas suficientes para ser beneficiarios del régimen de transición; nos es un indicio suficiente que acredite el deber de información, pues a pesar de ello, la entidad también estaba obligada a indicarle sobre las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, así como haberle efectuado una proyección de su mesada pensional en su caso particular; entre otros aspecto que claramente no se ven evidenciados en el presente caso.

Se suma a lo anterior, que la carga de la prueba en cuanto al deber de información y asesoría, está en cabeza de las administradoras de pensiones, con total independencia de las circunstancias particulares de cada afiliado. Sobre este puntal aspecto, cabe traer a colación lo dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL2058-2022, en donde se puntualizó:

[...] se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, corre por cuenta de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación¹; (ii) 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 (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4426-2019).

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.

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

¹ En tal sentido, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

régimen, a pesar de ser esa su carga, trae como consecuencia que el mismo sea declarado como **ineficaz**.

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 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, entre muchas otras); como en este caso, todo 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 PORVENIR S.A. el traslado a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de ella, las cotizaciones recibidas en su integridad con motivo de la afiliación de la señora ANA SOFÍA MARTÍNEZ CASTRO, 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 la 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 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). Lo cual tampoco resulta respecto de los gastos de administración y sumas adicionales.

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA

En cuanto a la condena en costas a Porvenir S.A. en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas a la parte vencida en el proceso, luego al resultar dicha entidad también vencida en juicio en tanto tiene que trasladar los aportes de la cuenta individual de la demandante y demás emolumentos aquí ordenados; además de presentar oposición a las pretensiones de la demanda, debe ser condenada en costas.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas como quiera que sus recursos de alzada no salieron avante.

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,

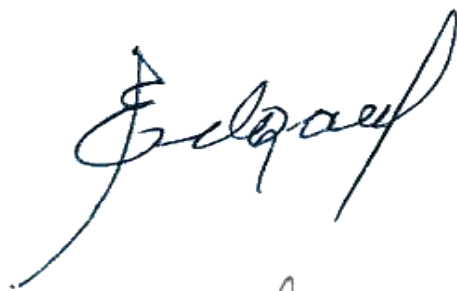
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal tercero de la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., únicamente en el sentido de **CONDENAR** a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de ella, 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 en cada una de estas. 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: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

(En uso de permiso)
EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Édgar', with a stylized flourish extending from the end.

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 HERMINIA CASTILLO PINZÓN CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, AFP PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS HOY SKANDIA S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre 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 **HERMINIA CASTILLO PINZÓN**, se declare la nulidad del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad que se efectuó en el mes de octubre de 1994, ante la AFP Protección S.A. por existir engaño y asalto a la buena fe induciéndola al error y viciando su consentimiento. Así mismo, se declare la nulidad de la afiliación efectuada con la AFP COLMENA en el mes de agosto de 1996, con la AFP COLFONDOS S.A. en el mes de febrero de 2003 y con SKANDIA en el mes de enero de 2011.

Como consecuencia de lo anterior, se ordene a OLD MUTUAL S.A. a retornar sus aportes junto con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; se ordene a Colpensiones a recibirla y mantenerla como afiliada desde el 21 de junio de 1983, sin solución de continuidad; se condene al pago de costas y agencias en derecho y a lo que resulte probado ultra y extra petita (f° 139-140).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 140-142), señaló en síntesis, que nació el 28 de diciembre de 1961; que desde el 21 de junio de 1983, al 10 de noviembre de 1993, estuvo afiliada al ISS, acumulando un total de 388,71 semanas de cotización; que para el mes de octubre de 1994, cuando se encontraba laborando para la empresa Agencia de Viajes Quimbaya Tours los asesores de la AFP Protección le presentaron el nuevo régimen pensional.

Relató, que la AFP Protección le ofreció beneficios superiores a los que podría obtener en el régimen de prima media, sin que le informará sobre las consecuencias de trasladarse; que posteriormente, en el mes de agosto de 1996, se trasladó a la AFP Colmena hoy Protección S.A. recibiendo información incorrecta y manteniéndola en el mismo error; que en febrero de 2003, se trasladó a Colfondos S.A. y en enero de 2011, se pasó a SKANDIA S.A., sin ser asesorada.

Indicó, que tiene un total de 1,358.57 semanas de cotización; que el día 4 de julio de 2018, radicó ante la AFP OLD MUTUAL retorno al régimen de prima media, entidad que le respondió que no era la competente para anular y/o dejar sin efectos las mencionadas afiliaciones; que el 30 de junio de 2018, presentó petición ante Colpensiones quien también negó la misma. Por último, mencionó que la AFP OLD MUTUAL realizó proyección de su mesada a los 57 años de edad, que correspondería a \$781.242, mientras que en el régimen de prima media con prestación definida su mesada ascendería a la suma de \$1.417.782.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f° 177-204), poniéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó fecha de nacimiento de la demandante, afiliación a dicho régimen y aportes efectuados, solicitud de traslado y respuesta; respecto de los demás hechos dijo no constarle. Propuso como excepciones de mérito, las de 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 o genérica.

OLD MUTUAL S.A. contestó (f° 238-250), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, admitió fecha de afiliación a dicha entidad, cotizaciones pensionales realizadas por la demandante durante toda su vida laboral,

derecho de petición presentado por la señora Herminia y respuesta, y proyección mesada pensionales realizada con posterioridad al traslado. Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y genérica.

COLFONDOS S.A. contestó (f° 276-282), también oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos dijo no ser cierto el numeral 8 y no constarle los demás. Propuso como excepciones de fondo, las de validez de la afiliación al RAIS con Colfondos, buena fe, prescripción, inexistencia de la obligación en cabeza de Colfondos S.A. e innominada o genérica.

PROTECCIÓN S.A. contestó (f° 296-303), también oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos admitió fecha de nacimiento de la demandante; en cuanto a los demás, señaló no ser ciertos los numerales 4 a 7, y no constarle los demás. Propuso como excepciones perentorias, las de declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe por parte de la demandada, inexistencia del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante en la administradora de fondo de pensiones Protección S.A., inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos terceros de buena fe, prescripción y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 31 de mayo de 2021 (CD f° 329), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a la ADMISTRADORA DE FONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y a OLD MUTUAL hoy SKANDIA, de las pretensiones incoadas en su contra por la señora HERMINIA CASTILLO PINZÓN.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la accionante. Líquidense con la suma de \$500.000 a título de agencias en derecho.

Fundamentó su decisión, señalando que la demandante se afilió al RAIS el 29 de septiembre de 1994, el cual se hizo efectivo a partir del 1° de octubre del mismo año

a través de la AFP Protección S.A.; que luego, se vinculó a la AFP Colmena, Ing, Colfondos y Old Mutual; que efectuó cotizaciones al ISS desde el 21 de junio de 1983, al 10 de noviembre de 1993; sin embargo, no efectuó aportes entre los meses de noviembre de 1993, a septiembre de 1994, por un periodo de 10 de meses, por lo que debía entenderse que al momento en que se vinculó al RAIS se encontraba como una afiliada inactiva.

Sostuvo, que al estar inactiva al momento en que se dio la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la afiliación que hizo al RAIS correspondió a una selección inicial del régimen, pues fue justamente a partir de septiembre de 1994, que surgió la posibilidad de elegir entre uno u otro régimen pensional, conforme a lo establecido en el artículo 3° del Decreto 692 de 1994. Bajo tales fundamentos absolvió a las demandadas a la declaratoria de ineficacia.

RECURSO DE APELACIÓN

Parte demandante, interpuso recurso de apelación señalando que en el expediente reposa formulario de afiliación ante la AFP PROTECCIÓN, en donde se encuentra tachado en la parte traslado de régimen y no como una filiación inicial en ese momento; igualmente a folio 284 del expediente reposa el historial de las vinculaciones en el SIAFP donde aparece registrado como un traslado de régimen, siendo la AFP inicial el ISS; que también debe tenerse en cuenta que en la contestación de la demanda indicó Protección que dio toda la información al momento del traslado, confirmando así que fue un traslado de régimen y no una vinculación inicial, y de igual forma lo hicieron las demás demandadas, quienes siempre consideraron que fue un traslado de régimen; tampoco se dijo nada al momento de la fijación del litigio y solo se manifestó en los alegatos de conclusión, no siendo discutido tal asunto durante el trámite del proceso.

Resaltó, que en el presente asunto quedó demostrado que se dieron todas las características para declarar la ineficacia del traslado al existir una clara falta del deber de información, no se logró desvirtuar los vicios del consentimiento por parte de las demandadas; así mismo, debe tenerse en cuenta la desproporción en la mesada pensional que sería una consecuencia por el deber de informar; tampoco se le dijo que tenía la posibilidad de retornar al régimen de prima media.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes, 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 Protección 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 la actora en el RAIS. Previo a ello, se verificará si existió traslado de régimen pensional al no haber efectuado aportes pensionales a la entrada vigencia de la Ley 100 de 1993.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora HERMINIA CASTILLO PINZÓN se afilió al ISS donde aportó desde el 21 de junio de 1983, al 10 de noviembre de 1994, un total de 388,71 semanas de cotización (f.º 25); *ii)* que el **29 de septiembre de 1994**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Protección S.A. (f.º 62 y 307), *iii)* posteriormente, realizó los siguientes traslados entre fondos privados: mediante formulario suscrito el 20 de marzo de 1997, a la AFP Colmena (f.º 304); el 1º de abril del año 2000, se trasladó a la AFP ING (f.º 307); y mediante formulario suscrito el 3 de noviembre de 2010, se trasladó a la AFP Skandia – Old Mutual, entidad en la cual se encuentra vinculada actualmente (f.º 252).

AFILIACIÓN INACTIVA – SELECCIÓN INICIAL DE RÉGIMEN

Adujo, la *a quo* que al no haber efectuado cotizaciones al ISS la demandante durante el interregno comprendido entre noviembre de 1993, a septiembre de 1994, se entendía como una afiliada inactiva y, por lo tanto, la afiliación que hizo al RAIS correspondió a una selección inicial del régimen.

En relación a tal argumento, esta Sala de decisión difiere del mismo, como se pasa a explicar. El artículo 3º del Decreto 692 de 1994, dispuso:

ARTÍCULO 3º. SELECCIÓN DE RÉGIMEN PENSIONAL. *A partir del 1º de abril de 1994, los afiliados al Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, podrán seleccionar cualquiera de los dos regímenes que lo componen.*

En consecuencia, deberán seleccionar uno de los siguientes regímenes:

- a) Régimen solidario de prima media con prestación definida;*
- b) Régimen de ahorro individual con solidaridad.*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 100 de 1993, ninguna persona podrá estar simultáneamente afiliada a los dos regímenes del Sistema.

Si bien dicha norma dispuso que a partir del 1 de abril de 1994, cuando entró a regir la Ley 100/93, los afiliados podrían seleccionar cualquiera de los dos regímenes, también es cierto que, en aquellos casos en que venían vinculados al ISS al 31 de marzo de 1994, y continuaron afiliados a dicha entidad en vigencia de la nueva legislación, el inciso final del artículo 11 *ibídem*, señaló:

[...]

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (subrayado y negrilla fuera del texto original).

Aunado a lo anterior, el artículo 13 *ibídem*, dispuso:

ARTICULO 13. PERMANENCIA DE LA AFILIACIÓN. La afiliación al sistema general de pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado. Dicha afiliación no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones.

Teniendo en cuenta lo anterior, al haberse afiliado la demandante al ISS desde el año 1983, y encontrarse en dicha entidad al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se entiende que el régimen pensional en el cual se encontraba al momento en que suscribió el formulario de afiliación con Protección S.A. fue en el régimen de prima media, ello con total independencia de que estuviera o no efectuando cotizaciones para el 1° de abril de 1994, pues esa situación lo que dio lugar fue a ser una afiliada inactiva, más no que hubiere perdido su afiliación a dicho régimen.

Sobre el particular, La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1419-2018, señaló:

*“Por lo anterior, debía dársele el trato de un afiliado inactivo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 del Decreto 692 de 1992, según el cual la afiliación al sistema de pensiones tiene un carácter permanente y «...no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones.» Así también lo ha reconocido esta sala de la Corte en sentencias como la CSJ SL2138-2016, CSJ SL9288-2017 y CSJ SL738-20108, entre muchas otras, en las que ha recalcado que la afiliación al sistema de pensiones es libre y voluntaria, **además de que tiene naturalmente una vocación de permanencia.***

De manera que, es claro que la permanencia en el régimen de prima media no se pierde por el hecho de que se deje de cotizar al sistema, como ocurrió en el presente asunto, lo cual conlleva a establecer que para el momento en que la demandante se afilió a la AFP Protección S.A., sí hubo un cambio de régimen pensional y no la elección de un nuevo régimen como erradamente se dijo en primera instancia.

Aclarado lo anterior, se procederá a verificarse que si dieron los presupuestos de la ineficacia del traslado.

INEFICACIA DEL TRASLADO

Lo primero, que hay que precisarse es que si bien es cierto en la demanda se solicitó la «*nulidad de la afiliación*» del traslado de régimen por falta de información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse únicamente 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.

De otro lado, alta Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral ha precisado 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 la AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de la AFP, se estableció en cabeza de esta 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 –**29 de septiembre 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.

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).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Protección suscrito el **29 de septiembre de 1994** (f° 62), 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.

Y es que en este punto debe advertirse 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).

Se suma a lo anterior, que la carga de la prueba en cuanto al deber de información y asesoría, está en cabeza de las administradoras de pensiones, con total independencia de las circunstancias particulares de cada afiliado. Sobre este puntal aspecto, cabe traer a colación lo dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL2058-2022, en donde se puntualizó:

[...] se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, corre por cuenta de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación¹; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos

¹ En tal sentido, el artículo 1604 del Código Civil establece que *«la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo»*, de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que

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 (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4426-2019).

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.

Verificado el interrogatorio de parte rendido por la actora, advierte la Sala que la señora HERMINIA CASTILLO señaló que cuando se trasladó a la AFP Protección S.A. en el año 1994, lo hizo teniendo en cuenta que los medios de comunicación señalaban el ISS estaba en quiebra y que estaba en juego el futuro pensional de sus afiliados; que un asesor de Protección se acercó a la empresa en que laboraba e hizo una capacitación grupal hablando de la rentabilidad que tendría al hacer el cambio de régimen y que a futuro tendría una pensión más alta, pero nunca se le hizo una proyección de su mesada.

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 accionante hubiese señalado que en el RAIS obtendría unos rendimientos NO implica que hubiese confesado que ese asesor **en septiembre de 1994**, le hubiese dado una información adecuada, suficiente, clara, transparente y detallada

corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

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 Protección S.A. debía probar en este proceso y no lo hizo.

De otro lado, debe aclararse que los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, como en el *sub lite* que la actor pasó de Colfondos y luego a Old Mutual, 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).

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 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 a 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, 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 **HERMINIA CASTILLO PINZÓN** el **29 de septiembre 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 de la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

En consecuencia, se condenará a las AFP demandadas a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquellas, las cotizaciones recibidas en su integridad desde el **29 de septiembre de 1994**, 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 el 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).

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

Las de ambas instancias a cargo de las demandadas COLPENSIONES, AFP PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y OLD MUTUAL, 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, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

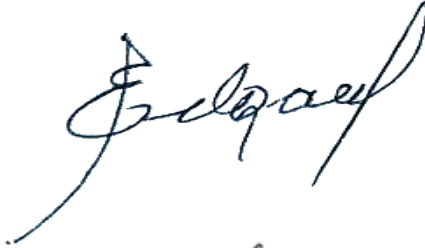
PRIMERO: REVOCAR la sentencia emitida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora **HERMINIA CASTILLO PINZÓN** al régimen de ahorro individual el 29 de septiembre de 1994, por intermedio de la AFP PROTECCIÓN S.A., en consecuencia, declarar válida la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, administrado por **COLPENSIONES**.

SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS y OLD MUTUAL, a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad desde la permanencia de la actora en cada una de ellas, 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 el 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: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas conforme a lo motivado.

CUARTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de **COLPENSIONES, AFP PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS y OLD MUTUAL.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



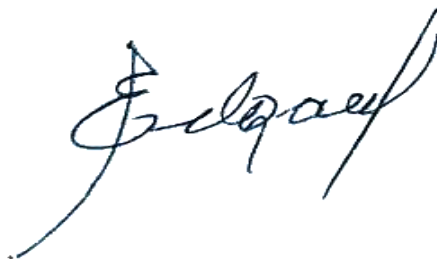
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

(En uso de permiso)

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, AFP PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS y OLD MUTUAL, la suma de \$1.000.000, a cargo de 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 CLARA INÉS ARCE TÉLLEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, AFP PROTECCIÓN Y AFP PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre 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 **CLARA INÉS ARCE TÉLLEZ**, se declare que Porvenir S.A. y Protección S.A. incumplieron con su deber de información, al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva y comprensible sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional. Como consecuencia, se declare nula e ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad; por ende, se tenga como válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; se condene a las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar; se condene a Colpensiones a activar la afiliación y a recibir la totalidad de los aportes a pensión incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar; al pago de costas, agencias en derecho y se haga uso de las facultades ultra y extra petita (Exp. Digital- cuaderno 01).

Como hechos fundamento de las pretensiones (Exp. Digital- cuaderno 01), señaló en síntesis; que nació el 30 de abril de 1962; que inició sus aportes al sistema de pensiones en el régimen de prima media con prestación definida a través del ISS

hoy Colpensiones el 3 de diciembre de 1987; que el 17 de marzo de 1999, se trasladó a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A.; que para dicho momento tenía cotizadas 510 semanas; que posteriormente se trasladó a la AFP Santander hoy Protección S.A. el 9 de agosto de 2002.

Relató, que los asesores de la AFP Porvenir S.A. le aseguraron que el ISS se encontraba en graves problemas financieros; que de permanecer en dicho fondo pondría en riesgo sus aportes pensionales; que al cambiarse de régimen recibiría mayor valor de su mesada pensional; que no tendría problemas con retrasos de su pensión; que la AFP Porvenir S.A. no desplegó ninguna actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado de régimen; omitió brindarle información completa y clara sobre los efectos y consecuencias de su traslado; tampoco le dijo sobre la posibilidad que tendría de pensionarse en cada régimen, cuál sería el monto de su pensión; no le informó mediante proyecciones objetivas que le permitieran tomar una decisión informada y consiente; que no le informó sobre la posibilidad que tenía de regresar al régimen de prima media antes de cumplir 47 años de edad.

Indicó, que el 20 de abril de 2009, presentó solicitud de traslado de régimen ante el ISS; que dicha entidad le solicitó unos documentos para poder dar trámite a la petición los cuales fueron adjuntados; sin embargo, el 18 de junio de 2018, Colpensiones le informó que no había registro de formularios de afiliación para el año 2009; por lo que el 19 de julio de 2018, nuevamente radicó petición ante dicha entidad sin obtener respuesta.

Refirió, que la AFP Protección le informó que su mesada pensional sería de \$781.242; que de acuerdo con la proyección pensional de YABAR LIQUIDACIONES S.A.S la pensión que le habría correspondido en Colpensiones equivaldría aproximadamente a \$2.899.959; que el día 30 de noviembre de 2018, solicitó ante Porvenir S.A. y Protección S.A. la anulación de la afiliación, quienes respondieron que no era procedente la solicitud.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES S.A. contestó (Exp. Digital- cuaderno 01- páginas 140—52), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó

fecha de nacimiento de la demandante, afiliación a dicho régimen y aportes efectuados, la fecha de traslado al RAIS, peticiones presentadas por la actora y respuesta dada por la entidad; respecto de los demás hechos, dijo no constarle el numeral 8 y no ser ciertos los restantes.

Propuso como excepciones de fondo, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, imposibilidad de traslado, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional, error de derecho no vicia el consentimiento, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe, prescripción, prescripción de la acción, enriquecimiento sin justa causa y la innominada o genérica.

PROTECCIÓN S.A. contestó (Exp. Digital- cuaderno 01- páginas 212-221), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, admitió fecha de nacimiento de la demandante, edad que tenía al momento del traslado, la proyección de mesada dada por la entidad con posterioridad al traslado, petición presentada por la señora Clara y respuesta; respecto de los demás, manifestó no ser ciertos los numerales 17 a 19 y no constarle los restantes. Propuso como excepciones de fondo, las de validez de la afiliación a Protección, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción e innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (f° 275-298), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En relación a los hechos, manifestó ser cierto fecha de nacimiento de la demandante, la edad que tenía al momento del traslado a dicho fondo, petición prestada por la promotora del proceso y respuesta; respecto de los demás hechos, señaló no ser ciertos los numerales 3, 8 a 16, y no constarle los restantes. Propuso como excepciones de fondo, 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 2° del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 6 de septiembre de 2021 (Exp. Digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO que realizó la señora **CLARA INÉS ARCE TÉLLEZ** identificada con cedula de ciudadanía No. **51.634.315** al régimen de ahorro individual, realizada el **17 de marzo de 1999**, a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído

SEGUNDO: CONDENAR a **PROTECCION S.A.**, a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante **CLARA INÉS ARCE TÉLLEZ** identificada con cedula de ciudadanía No. **51.634.315**, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos y de más emolumentos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno.

TERCERO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida el **03 de diciembre de 1987**, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de su pensión a futuro de la demandante **CLARA INÉS ARCE TÉLLEZ** identificada con cedula de ciudadanía No. **51.634.315**, en el régimen de prima media con prestación definida una vez se encuentre ejecutoriado el presente fallo.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: COSTAS corren a cargo de la parte demandadas **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, y **PROTECCIÓN S.A.**, dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a dos (02) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por cada una de las demandadas.

Como fundamento de su decisión, hizo alusión a la normatividad aplicable al caso, esto es, los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, artículo 97 numeral 1° del Decreto 663 de 1993, artículo 23 de la ley 797 de 2003, artículo 3° de la Ley 1328 de 1998, y el Decreto 2241 de 2010, así como ley 1748 de 2014 y el artículo 3° del Decreto 2071 de 2015, precisando que el deber de información va desde 1993 hasta 2009; que para el año 2009, surgió el deber del buen consejo y la doble asesoría se dio a partir del 2014, trayendo a colación las sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral relacionadas con el asunto.

Sostuvo, que el formulario de afiliación no constituye prueba suficiente del consentimiento que debe brindar al afiliado la AFP para validar su traslado. En cuanto al caso en concreto, indicó que la demandante se trasladó al RAIS el 17 de marzo de 1999, teniendo la obligación del deber de información HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.; que al revisarse las pruebas allegadas al plenario no se logró establecer que se le hubiere brindado una información suficiente, clara y veraz al momento del traslado; que la información dada el 17 de marzo 1999, se relacionará realmente con los beneficios, diferencias, características, condiciones de acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales o la eventual pérdida de beneficios que permitiera tener por válido que cumplió con dicha obligación; limitándose la AFP a afirmar desde su contestación a la demanda que el asesor comercial brindó toda la

información necesaria conforme a las políticas de la empresa, sin allegar documento alguno que permitiera establecer o corroborar dicha afirmación; en consecuencia, accedió a las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

PROTECCIÓN S.A. interpuso recurso de apelación respecto del numeral segundo de la sentencia de primera instancia, el cual tiene que ver con los gastos en administración. Arguyó, que durante todo el tiempo que la demandante ha estado afiliada a la entidad se ha administrado sus dineros depositados en su cuenta de ahorro individual, gestión que se ha realizado con la mayor diligencia y cuidado posible, por cuanto en este caso al declararse la nulidad o ineficacia del traslado únicamente sería procedente la devolución de los aportes de la cuenta de ahorro individual más los rendimientos financieros generados por la buena gestión de Protección, pero no es procedente que se ordene la devolución de lo que se descontó por comisiones de administración, toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración, los cuales se hicieron conforme a la ley como contraprestación a una buena gestión en la administración.

Acotó, que debe tenerse en cuenta que en el caso en que la demandante hubiera permanecido afiliada a Colpensiones dichos gastos de administración también se hubieran descontado; en este orden de ideas, la consecuencia en el caso de la ineficacia o nulidad del traslado es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y, por ende, nunca Protección debió administrar los recursos de la cuenta de la demandante; por lo tanto, los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron. Enfatizó, que de conformidad con el artículo 1746 del Código Civil, que habla de las restituciones mutuas, intereses, frutos y mejoras, se debe entender que aunque se declare una ineficacia o nulidad de la afiliación y se haga la ficción de que nunca existió un contrato, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras.

Finalmente, precisó que al ordenarse a la entidad trasladar a Colpensiones todos los aportes de la demandante como rendimientos generados y comisiones de administración se está constituyendo en un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante, pues estaría recibiendo unos rendimientos generados por una buena administración sin reconocerse a pagar ningún concepto por dicha gestión realizada, bajo lo expuesto solicitó se ordene la devolución de los aportes, sin los rendimientos y comisión de administración.

COLPENSIONES también interpuso recurso de apelación señalando que no hay lugar a declarar la ineficacia o nulidad del traslado de la demandante, en el entendido que sí bien es cierto la actora hizo su traslado, conforme a lo establece el artículo 159 de la Ley 100 de 1993, sobre la libre escogencia del régimen pensional, se tiene que ha pasado 22 años afiliada a dicho régimen sin que manifestará alguna inconformidad al respecto.

Destacó, que la afiliación no es un acto unilateral; que de acuerdo con el artículo 1495 del Código Civil, ello conduce a generar obligaciones para ambas partes, esto es, que si bien la AFP tiene la obligación de informar a su potencial afiliado, así mismo cuando se guarda silencio en estos casos de afiliación, la Corte ha establecido que se está frente a una afiliación tácita; en igual medida, consideró que cuando se ordena el traslado se atenta directamente contra el principio de la relatividad de los negocios jurídicos teniendo en cuenta que esa afiliación contraería situaciones diversas para Colpensiones como el principio de la sostenibilidad financiera, pues descapitaliza el fondo común. Citó como referencia la sentencia con radicado 07 2015 822 01, del 25 de octubre del 2017, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en la que se indica que le compete a la demandante demostrar los vicios del consentimiento alegados, no bastando con una simple afirmación.

Concluyó, que no es procedente declarar la nulidad de la afiliación toda vez que fue una manifestación libre y voluntaria que se hizo conforme a los principios de la autonomía de la voluntad que regula los negocios jurídicos. De otro lado, solicitó que en caso de acogerse a las pretensiones de la demanda se devuelva a la entidad los aportes con la respectiva entrega de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta individual de la actora debidamente indexados por el periodo en que ella permaneció afiliada a dicho fondo.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Protección S.A. y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última en lo que no fue objeto 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 Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir 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 los siguientes supuestos fácticos: i) que la señora CLARA INÉS ARCE TÉLLEZ se afilió al ISS donde aportó desde el 6 de febrero de 1969, al 31 de mayo de 1999, un total de 513 semanas de cotización (Exp. Digital- cuaderno 01-pág. 154-159); ii) que el **17 de marzo de 1999**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A. (Exp. Digital- cuaderno 01-pág.61); y iii) que el 9 de agosto de 2002, se vinculó a Pensiones y Cesantías Santander hoy Protección S.A. (Exp. Digital- cuaderno 01-pág.62), entidad en la que se encuentra actualmente.

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, 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 **–17 de marzo 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 S.A. 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).

La AFP Porvenir S.A., aportó al expediente el formulario de solicitud de afiliación y traslado suscrito el **17 de marzo 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; no resultando obligatorio para esta Sala de decisión dar aplicación a otras sentencias proferidas por otras Salas de este Tribunal, pues se trata de un precedente horizontal el cual no resulta vinculante.

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 Horizonte hoy Porvenir S.A. a Santander hoy Protección S.A., 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.

De otro lado, no podría sostenerse que al haber permanecido la actora en el mismo durante 22 años, era porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demostraba 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).*

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**.

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, 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.

Así como también dicha obligación está a cargo de la AFP Porvenir S.A., tal y como lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL843-2022, en la que dijo:

Paralelamente, se ordenará a Porvenir S.A, Protección S.A. y a Colfondos S.A., a trasladar a Colpensiones las comisiones y los gastos de administración que fueron cobrados durante todo el tiempo de afiliación de la demandante, así como los valores de las primas de los seguros previsionales y el porcentaje de la cotización destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los cuales deberá cancelar debidamente indexados, y que deberá asumir con cargo a sus propios recursos.

Lo anterior, por cuanto al declararse la ineficacia del traslado, las cosas vuelven a su estado anterior, de manera que la administradora tiene que asumir los deterioros del bien administrado, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta del fondo, al haber incurrido en la omisión de brindar la información adecuada, oportuna y suficiente al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuentan de la cotización y de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

Por tal razón, esa declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020). (subrayado y negrilla fuera el texto original).

Por lo tanto, se deberá primero, modificar el numeral primero de la decisión de instancia, para declarar la ineficacia y no la nulidad del traslado realizado por la demandante CLARA INÉS ARCE TÉLLEZ del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 17 de marzo de 1999, a través de la afiliación a la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A.; y segundo, adicionar el numeral tercero, en el sentido de condenar a la AFP Porvenir S.A. y Protección S.A., a pagar con su propio patrimonio, 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, toda vez que la 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 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). Lo cual tampoco resulta respecto de los gastos de administración y sumas adicionales.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES, y 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:

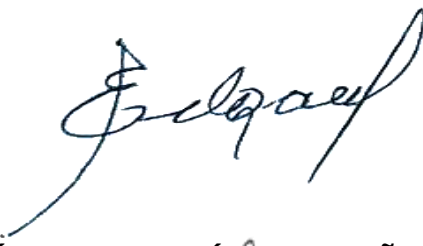
PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado 2° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **DECLARAR** la ineficacia del traslado realizado por la demandante CLARA INÉS ARCE TÉLLEZ del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 17 de marzo del 1999, a través de la afiliación a la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A.

SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal tercero de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **CONDENAR** a las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., a pagar con su propio patrimonio y trasladar a Colpensiones, 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, durante el tiempo de permanencia de la demandante en cada una de ellas. 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: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

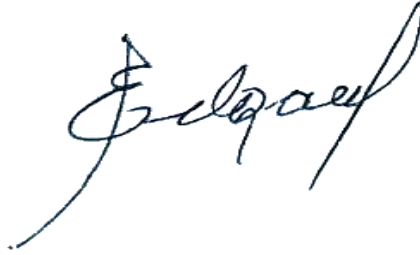


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

(En uso de permiso)
EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

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

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Édgar Rendón Londoño', with a stylized, cursive script.

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 LUIS JAVIER RODRÍGUEZ DÍAZ
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y AFP COLFONDOS S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre 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 **LUIS JAVIER RODRÍGUEZ DÍAZ**, se declare la ineficacia del traslado efectuado el día 12 de marzo de 1996 con la AFP Colfondos S.A., toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información, veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de la situación personal y concreta de la demandante. En consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se tenga como afiliado en el RPM como si nunca se hubiera trasladado, con la totalidad de los aportes realizados, rendimientos financieros actualizados, al igual que el bono pensional y lo que hubiere obtenido; se ordene su regreso al RPM administrado por Colpensiones; el pago de costas y agencias en derecho y a las codenas ultra y extra petita (f° 5).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 5-6), señaló en síntesis; que se trasladó al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A. el 12 de marzo de 1996; que en dicho momento el asesor no le brindó información, clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban tanto en el RPM como en el RAIS, en

especial no se le hizo un estudio de su situación particular, sino que se le ilustró únicamente sobre los beneficios que podría obtener en el RAIS.

Acotó, que nació el 27 de febrero de 1961; que el 26 de febrero de 2019, la AFP Colfondos le realizó una simulación pensional dentro de su plan de vida bajo la modalidad de retiro programado cotizando el 100% del tiempo, proyectándose una mesada pensional de \$2.054.151 para el año 2023; que al realizar una simulación de su mesada pensional con Colpensiones obtendría una mesada de \$11.149.372.

Agregó, que sumadas las semanas cotizadas y las proyectadas, esto es, desde el 22 de enero de 1980, hasta el 27 de febrero de 2023, arrojaría un total de 1,313 semanas cotizadas; que el 17 de julio de 2019, radicó ante Colpensiones derecho de petición solicitando la nulidad del traslado, la cual fue negada por la entidad el 26 de julio de 2019.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f° 68-83), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, manifestó ser cierto traslado efectuado al RAIS, fecha de nacimiento del actor, reclamación y respuesta; en relación a los demás, dijo no constarle. Propuso como excepciones de fondo, falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inexistencia de la obligación de afiliación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos e innominada o genérica.

AFP COLFONDOS contestó (CD f° 112), no se opuso a las pretensiones de la demanda y, por lo tanto, se allanó a las mismas. Respecto de los hechos aceptó fecha de afiliación del demandante a dicho fondo; en relación a los demás dijo no ser ciertos los numerales 2, 3 y 5, y no constarle los restantes. Se abstuvo de formular excepciones de fondo.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 13 de septiembre de 2021 (CD f° 115), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del demandante LUIS JAVIER RODRÍGUEZ DÍAZ del régimen de prima media con prestación definida administrado por el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES hoy

COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado el 12 de marzo de 1996, para entender vinculado al demandante en forma válida al régimen solidario de prima media administrado por COLPENSIONES, todo de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP COLFONDOS S.A. a trasladar a la Administradora de Pensiones COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del demandante LUIS JAVIER RODRÍGUEZ DÍAZ por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias, en el evento de haberlas realizado, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, con todos los rendimientos financieros e intereses causados, sin descuento alguno, conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES aceptar el traslado de los dineros que efectúe COLFONDOS S.A., para que proceda a activar la afiliación del demandante LUIS JAVIER RODRÍGUEZ DÍAZ, como si nunca se hubiese trasladado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo actualice la información de la historia laboral del demandante en semanas de tiempo cotizado.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción propuesta por la demandada COLPENSIONES, conforme lo considerado en la parte motiva.

QUINTO: CONDENAR en costas incluidas las agencias en derecho a la demanda COLPENSIONES las que tasan en la suma de DOS MILLONES (\$2.000.000) DE PESOS MCTE. Conforme a la parte motiva de esta providencia.

Fundamentó su decisión, haciendo relación a la prueba documental allegado al plenario; también hizo énfasis el interrogatorio de parte rendido por el demandante señalando que el mismo no se podía tener como medio de prueba de confesión, pues se había limitado en decir que el asesor solo le había manifestado sobre las bondades del fondo y que el ISS se iba a acabar, sin que de dicha declaración pudiera favorecer a la parte contraria.

Resaltó, que para la época del traslado existía una norma que exigía a las AFP brindar una información completa, veraz y oportuna acerca de las características de los dos regímenes pensionales; ventajas y desventajas al momento de la afiliación y durante su permanencia, que lo era el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, en donde se establece las obligaciones de los promotores, siendo con dicha normatividad que surgía la obligación de la carga de la prueba a cargo de las AFP; así mismo, adujo el *a quo* que la Sala de Casación laboral también ha extraído de otras normas diferentes a la señalada por él, en donde también se establece dicha obligación procesal; citó sentencias relacionadas con el tema.

Aludió, que el único medio probatorio aportado por la demandada era el formulario de afiliación del cual conforme lo adoctrinado por la Corte, no es suficiente para dar por demostrado el deber de información. Aunado a que Colfondos se había

allanado a las pretensiones de la demanda y al no demostrar que efectivamente brindó al actor la asesoría suficiente debía declararse la ineficacia del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación señalando que debe tenerse en cuenta las particularidades del presente caso, teniendo en que el juez de instancia había invertido la carga de la prueba indicando que la AFP demandada no había demostrado que la asesoría brindada frente a las características del RAIS fue completa, clara y transparente; sin embargo, dicha decisión desconoce el precedente frente a la inversión de la carga de la prueba en especial la sentencia T422-2011, en donde la Corte dispuso en que casos ha de tomarse la actitud de los afiliados como verdadero entendimiento; que sobre ese punto debe revocarse la sentencia de primera instancia; teniendo en cuenta que durante el trámite probatorio no se demostró que se hubiera dado algún vicio del consentimiento al momento en que el demandante decidió su traslado de régimen; por el contrario, había quedado demostrado que su afiliación al RAIS fue de manera libre y voluntaria

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta, en lo no apelado, 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 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 LUIS JAVIER RODRÍGUEZ DÍAZ se afilió al ISS donde aportó desde el 22 de enero de 1980, al 31 de octubre de 1991, un total de 199,14 semanas de cotización (f° 86); *ii)* que el **12 de marzo de 1996**, suscribió formulario de traslado al RAIS con la AFP Colfondos S.A. (CD f° 112), entidad en cual se encuentra vinculado 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 como lo pretende Colpensiones, 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.

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 –**12 de marzo 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 Colfondos S.A. 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).

La AFP Colfondos S.A., aportó al expediente el formulario de solicitud de afiliación y traslado suscrito el **12 de marzo de 1996**, 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.

Frente a lo cual, 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 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.

Se suma a lo anterior, que la carga de la prueba en cuanto al deber de información y asesoría, está en cabeza de las administradoras de pensiones, con total independencia de las circunstancias particulares de cada afiliado. Sobre este puntal aspecto, cabe traer a colación lo dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL2058-2022, en donde se puntualizó:

[...] se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, corre por cuenta de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación¹; (ii) 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 (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4426-2019).

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

¹ En tal sentido, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

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.

Entonces, al no haber constancia de que Colfondos 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; aunado a que como bien lo mencionó el a quo se allanó a las pretensiones de la demanda trae como consecuencia que el mismo sea declarado como **ineficaz**; tal y como no se tuvo en cuenta en la decisión de primer grado.

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, entre muchas otras); como en este caso, todo 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 esta a su vez a recibir por parte de ella, las cotizaciones recibidas en su integridad con motivo de la afiliación del señor LUIS JAVIER RODRÍGUEZ DÍAZ, 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 la 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 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). Lo cual tampoco resulta respecto de los gastos de administración y sumas adicionales.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

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:

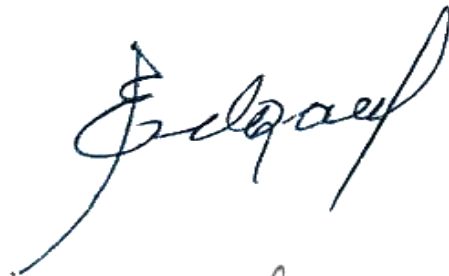
PRIMERO: ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., únicamente en el sentido de **CONDENAR** a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de ella, los gastos de administración, 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 de permanencia del demandante. 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: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

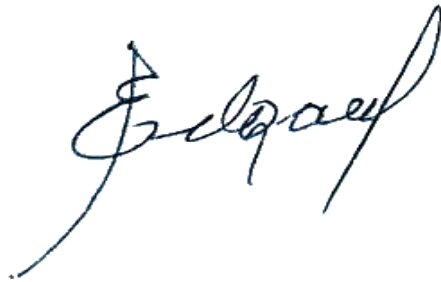


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

(En uso de permiso)
EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Édgar', with a stylized flourish extending from the bottom left.

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 BLANCA CECILIA RODRÍGUEZ ZAMBRANO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, AFP COLFONDOS S.A. Y AFP PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre 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 **BLANCA CECILIA RODRÍGUEZ ZAMBRANO**, se declare que Colfondos la asesoró de manera errada e inadecuada, sin un análisis juicioso, condiciones que no fueron las precisas colocándola en riesgo la posibilidad de que pueda gozar de una pensión justa y acorde con sus ingresos al trasladarse del ISS el 1° de junio de 1999; que la AFP Porvenir no se suministró información completa y comprensible ante de cumplir 47 años de edad, respecto del régimen pensional a elegir, teniendo en cuenta que era el momento justo para tomar la decisión de elegir el régimen que le era más favorable. Como consecuencia, se «*decrete la nulidad del traslado del RAIS*»; se ordene a Porvenir S.A. a trasladarla al régimen de prima media con prestación definida a Colpensiones, como si nunca se hubiera surtido el traslado; se ordene a Colpensiones a aceptar el traslado, al pago de costas procesales y a las condenas ultra y extra petita (f° 2-3).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 3-4), señaló en síntesis, que nació el 3 de julio de 1959; que se afilió al ISS el 10 de marzo de 1998; que se trasladó al RAIS en junio de 1999 a través de la AFP Colfondos; que el 1° de mayo de 2001, se

trasladó a la AFP Porvenir S.A.; que no fue informada por parte de la AFP sobre las consecuencias que para su retiro pensional podía tener el hecho de trasladarse al RAIS; aseguró que desde hace 17 años efectúa aportes a Porvenir S.A. de manera regular; que ha recibido extractos en donde le informan cuanto tiene ahorrado, cuantas utilidades ha generado el fondo y el número de semanas aportadas.

Indicó, que al momento en que cumplió los 47 años de edad no fue requerida por Colpensiones, ni por Porvenir S.A. para recibir información acerca de su futuro pensional; que Porvenir S.A. aceptó el traslado, sin hacerle el respectivo estudio de la transición; que de los extractos enviados se puede apreciar que contiene el momento de la pensión que podría alcanzar a los 60 años de edad, lo que representaría una mesada pensional aproximadamente de \$975.500, inferior a lo que representaría si estuviera afiliada al régimen de prima media.

Adujo, que el 20 de mayo de 2014, solicitó ante Colpensiones nuevamente su afiliación, solicitud que fue negada por la entidad al encontrarse a menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión; que al no tener conocimiento expreso sobre el sistema general de pensiones sobre sus ventajas y desventajas, la obligación de veracidad de la información recaía exclusivamente en el profesional de la AFP y no del ciudadano; que si hubiera conocido la proyección de su mesada con anterioridad hubiera toma una buena decisión al momento del traslado.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A. contestó (f° 103-126), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, manifestó ser cierto la fecha de nacimiento de la demandante y la vinculación de la señora Blanca Rodríguez a dicha entidad, pero aclarando que la misma se hizo efectiva a partir del 1° de julio de 1999; en cuanto a los demás supuestos fácticos, dijo no ser ciertos los numerales 4 a 6, 15 y 16; y los restantes hechos. Propuso como excepciones de fondo inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios del consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad, buena fe e innominada o genérica.

COLPENSIONES contestó (f° 150-157), también oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó solamente la fecha de nacimiento de la demandante; frente a los demás, dijo no constarle. Propuso como excepciones de fondo prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe e innominada o genérica.

PORVENIR S.A. contestó (f° 176-188), aceptando fecha de nacimiento, aportes que se han efectuado a dicho fondo y extractos expedidos por la entidad; en cuanto a los demás hechos, señaló no ser ciertos los numerales 5, 6, 9, 10, 11, 14 y 15; y no constarle los restantes. Propuso como excepciones de fondo 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 Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 12 de julio de 2021 (CD f° 237), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO de la señora BLANCA CECILIA RODRÍGUEZ ZAMBRANO realizado del régimen de prima media al RAIS acaecido el 03 de mayo de 1999, mediante la afiliación a COLFONDOS, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional de la señora BLANCA CECILIA RODRÍGUEZ ZAMBRANO.

TERCERO: CONDENAR a las demandadas COLFONDOS y PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la señora BLANCA CECILIA RODRÍGUEZ ZAMBRANO tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados respectivos e intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil aplicable por remisión analógica del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, esto es junto con los rendimientos que se hubieren causado.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva COLFONDOS y POVENIR, que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora.

QUINTO: sin condena en costas en esta instancia ante su no causación.

Fundamentó su decisión, rememorando lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993; posteriormente adujo que si bien Colfondos no había aportado el formulario de afiliación a dicho fondo, se había aceptado en la contestación de la demanda que dicho traslado de había efectuado en el año 1999, lo cual se corroboraba con las demás pruebas allegadas al proceso.

Hizo un pronunciamiento en relación con el deber de información y el buen consejo, considerando que la falta de información por parte de la AFP podía constituir en un atentado en contra de los derechos del trabajador para afiliarse y seleccionar la entidad a la que quería pertenecer, realizando un recuento de la jurisprudencia

relacionada con el tema, señalando que de conformidad con la misma, se podía establecer el consentimiento como elemento de validez de la filiación no es aplicable de manera exclusiva a los beneficiarios del régimen de transición o a quienes contarán con expectativa legítima para adquirir el derecho pensional, igualmente adujo que la carga probatoria de demostrar dicho deber de información recaía sobre la AFP.

Arguyó, que en el presente asunto no se habían aportado medios de convicción tendientes a demostrar la información suministrada a la demandante al momento de efectuar su traslado al RAIS, resaltando que si bien del interrogatorio de parte rendido por la demandante hizo manifestaciones respecto de alguna de las características que tiene el RAIS, lo cierto era que con ello no se podía entender que hubiera suministrado la información respecto de la existencia de los dos regímenes, la diferencia entre uno y el otro y en especial la incidencia que tales situaciones tenía en su situación pensional; que si bien para el momento del traslado no existía claridad respecto de la forma cómo se debía aplicar la asesoría, ello no era óbice para que las entidades brindaran información premorizado de los traslados de régimen pensional en apego a los presupuestos normativos del Decreto 656 de 1994, siendo procedente la declaratoria de ineficacia del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

COLFONDOS S.A. interpuso recurso de apelación, argumentando que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y como consecuencia de ello no tiene los presupuestos establecidos por la Corte Constitucional en las sentencias SU 062-2010 y SU 130 – 2013; que debe tenerse en cuenta que el traslado de régimen de ahorro individual al de prima media se encuentra circunscrito a una provisión legal de traslado del régimen pensional cuando el afiliado le faltan 10 años o menos para cumplir la edad para acceder a una pensión de vejez; por lo tanto, debe considerarse que al momento en que se efectuó la contestación de la presente demanda la actora contaba con 59 años de edad.

Indicó, que para el momento en que se perfeccionó el negocio jurídico entre las partes, es decir, en el año 1999, no había una cualificación expresa respecto de documentar la información que se debía suministrar al momento de la celebración del negocio jurídico, por lo que no es dable exigirse una prueba que en su momento no se tenía, siendo complejo para la entidad demostrar las afirmaciones indefinidas que se realizaron en el escrito de demanda cuando ya ha transcurrido 21 años después de efectuado el traslado.

Refirió, que en cuanto a la devolución de valores ordenada por el despacho incluyendo los gastos de administración y de gestión que en su momento realizó la entidad constituye en un enriquecimiento sin justa causa, puesto que el incremento patrimonial y los rendimientos se han visto reflejados a partir de los ahorros voluntariamente desarrollados por la demandante ante la gestión y administración que ha realizado la demandada, y en caso de reconocerse integralmente la restitución de dichos valores, ello tiene como contraprestación en un detrimento directo en cabeza de la entidad, sin sustento o causa legal alguno.

PORVENIR S.A. también interpuso recurso señalando que no fue la administradora de pensiones que realizó el traslado del régimen pensional de la demandante; que no es procedente la declaración de ineficacia del traslado efectuado por la demandante hacía Colfondos en marzo de 1999, pues se bien respeta la postura del despacho y de la Corte Suprema de Justicia, estima que se está creando obligaciones que no estaban vigentes para la época del traslado frente a las exigencias contenidas en el Decreto 663 de 1993, debiéndose tener en cuenta que se trata de una norma dirigida a entidades que se encuentran reguladas o vigiladas por la Superintendencia Financiera, en ese sentido no es dable entender que de ahí se derivan obligaciones de información a los afiliados o usuarios ya que se trata de características propias de cada régimen pensional.

Adicionalmente, refirió que de conformidad con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, se está apartando del contexto de la norma, pues lo que se regula en dicha normatividad es la selección libre del régimen pensional sin ningún grado de coacción, por lo tanto no es dable entender que de acuerdo a dicha disposición normativa ya existía un deber de información; aunado a ello, frente la aplicación del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tampoco se comparte la interpretación que se hace a dicha norma, toda vez que ella no regula de manera alguna una ineficacia frente a una omisión del deber de información, lo que dice es «*contra quién atente contra la afiliación*», pero no de cualquier forma como se ha señalado en este caso, sino respecto de la libre escogencia de quien genere alguna coacción u opresión, pero no respecto al deber de información.

Además, dicha disposición normativa es de carácter sancionatorio y no crea derechos de carácter sustancial; adicionalmente, las normas posteriores que es el Decreto 656 de 1994, tampoco establece un deber de información a cargo de las administradoras; así las cosas, considera que no es dable en este caso indicar que Colfondos incumplió algún tipo de obligación cuando las normas vigentes para la época

no establecían esas características, ni el deber de información, no siendo dable concluir que debía entregarse información detallada. De otro lado, sostuvo que debe revisarse el interrogatorio de parte y las manifestaciones de la demandante sobre el conocimiento del régimen de ahorro individual y la información dada por Colfondos, pues no puede pasarse por alto en este caso que, la demandante es administradora y funcionaria pública, condiciones que le permitieron acceder a las normas y conocer el sistema, además de que las administradoras siempre cuentan con servicio de información al cliente.

Arguyó, que debe tenerse en cuenta también que la actora se trasladó de fondo dentro del mismo régimen pensional, actos estos que dejan ver la verdadera voluntad de la demandante y su vocación de permanencia al régimen de ahorro individual, cosa distinta es que actualmente considere de que el hecho de que pueda obtener una pensión de mayor valor en el régimen de prima media pretenda retornar a dicho régimen, siendo otra razón para revocar la decisión de primera instancia, pues si la verdadera motivación es esa, no se puede desconocer las normas que rigen la financiación de la prestación pensional en cada régimen y pretender a través de la ineficacia del traslado de régimen pensional retornar a un régimen en el cual no ha venido aportando.

Solicitó, que en caso de confirmarse la decisión de primer grado, se considere la condena frente a la devolución de los gastos de administración debidamente indexados y sumas adicionales; toda vez de que se aparta de dicha postura, ya que si bien la figura de ineficacia tiene efectos *ex tunc*, debe tenerse en cuenta que la entidad hizo una debida administración de los recursos de la demandante que le generó rendimientos que en este caso ascienden a más del 50% del valor de los aportes que reposan en su cuenta de ahorros individual, debiéndose retornar el valor de los mismos, al tratarse de restituciones mutuas; como también debe considerarse que dichas sumas sean indexadas; que debe tenerse en cuenta que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en el régimen de prima media también se hubiera generado unos descuentos por gastos de administración.

Acotó, que frente al tema de devolver sumas adicionales como los seguros de invalidez y sobrevivencia, estos también hubieren sido descontados en el régimen de prima media. Finalmente, indicó que frente a los gastos de administración y sumas adicionales sí aplica el fenómeno de la prescripción como quiera que la Corte ha señalado que no aplica es frente a la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional, pero no deben correr la misma suerte frente a estas sumas.

COLPENSIONES argumentó en su recurso que no comparte el análisis y la valoración que realizó el despacho con relación medios probatorios específicamente en cuanto al interrogatorio de parte de la demandante, toda vez que indicó la señora juez que si bien era cierto que la actora manifestó que conoce algunas características del régimen de ahorro individual de su declaración no podía concluirse que hubo una confesión, pues se puede apreciar que la afiliada conocía tanto las características del régimen de ahorro individual como el régimen de prima media.

Adujo, que si bien para el momento en que la demandante se trasladó de régimen pensional era obligación del fondo de pensiones informar sobre las características y las consecuencias del traslado de régimen pensional; sin embargo, no existía ninguna obligación en relación a realizar escenarios comparativos entre características de uno u otro régimen pensional, de manera que el hecho de que la actora afirme que sí conocía características elementales del régimen de ahorro individual que no tiene el régimen de prima media denota un conocimiento y que sí hubo una información y una asesoría por parte de Colfondos para obtener la afiliación y el traslado al régimen pensional de la demandante.

Sostuvo, que si bien es cierto que el despacho hace la manifestación de que no obran pruebas documentales de las cuales se pueda acreditar el cumplimiento del deber de información, debe estimarse que al momento en que la demandante se trasladó de régimen pensional únicamente existía la obligación de suscribir el formulario de afiliación, sin que existiera obligación alguna con relación a documentar o dejar un soporte escrito de la asesoría de traslado, no existiendo ningún otro medio probatorio del cual Colfondos, Porvenir o Colpensiones pudieran haber presentado al proceso para acreditar que sí se dio una información y una asesoría completa a la accionante, tampoco sería posible la comparecencia de un testigo dado que el traslado se efectuó hace 20 años, siendo entonces que las exigencias legales de la época deben analizarse únicamente en cumplimiento del requisito de la firma del formulario de afiliación y con base en eso deducir el cumplimiento de otras obligaciones relacionadas con el deber de información.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por las demandadas, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones en lo no apelado, 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 la demandante a través de la AFP Colfondos S.A. y posteriormente a 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 BLANCA CECILIA RODRÍGUEZ ZAMBRANO se afilió al ISS donde aportó desde el 1° de marzo de 1998, al 30 de junio de 1999 (f° 26); *ii)* que el 3 de mayo de 1999, suscribió formulario de traslado al RAIS con la AFP Colfondos S.A, siendo efectiva a partir del **1° de julio de 1999** (f° 129); y *iii)* que el 26 de marzo de 2001, se trasladó a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. entidad en cual se encuentra vinculada 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 –**1° de julio 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 Colfondos 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, que en este asunto la AFP Colfondos S.A. no allegó al plenario prueba alguna que demuestre que para el **1° de julio de 1999** ilustró a la accionante sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, ya que ni siquiera se aportó el formulario de afiliación.

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 Colfondos a Porvenir S.A., 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.** (Negritas 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. (Negritas 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.

Ahora, respecto de los argumentos del recurrente referente a la profesión de la demandante y el cargo público que ejercía al momento del traslado resultaban ser condiciones que le permitieron acceder a las normas y conocer el sistema, esta Sala de decisión no comparte esos fundamentos, pues el hecho de contar con dichas condiciones no determinan por sí solas, que conocía a cabalidad las características de ambos regímenes pensionales, toda vez que al escucharse el interrogatorio de parte de la actora, se logra evidenciar que el traslado que se efectuó en el año 1999, se debió más por incertidumbre que había respecto de la desaparición del ISS y la posible pérdida de su ahorro como se rumoraba para dicha época, evidenciándose también que las características que manifestó conocer de los dos regímenes pensionales fue de manera posterior, pero no en el momento en que se efectuó el traslado, oportunidad en que se le debió suministrar dicha información.

Se suma a lo anterior, que la carga de la prueba en cuanto al deber de información y asesoría, está en cabeza de las administradoras de pensiones, con total independencia de las circunstancias particulares de cada afiliado. Sobre este puntal aspecto, cabe traer a colación lo dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL2058-2022, en donde se puntualizó:

[...] se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, corre por cuenta de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación¹; (ii) 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 (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4426-2019).

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 revertir 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.

Entonces, al no haber constancia de que Colfondos 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

¹ En tal sentido, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

régimen, a pesar de ser esa su carga, trae como consecuencia que el mismo sea declarado como **ineficaz**.

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, entre muchas otras); como en este caso, todo 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 y PORVENIR S.A. el traslado a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad con motivo de la afiliación de la señora BLANCA CECILIA RODRÍGUEZ ZAMBRANO, 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 la *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 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). Lo cual tampoco resulta respecto de los gastos de administración y sumas adicionales.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas como quiera que sus recursos de alzada no salieron avante.

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,

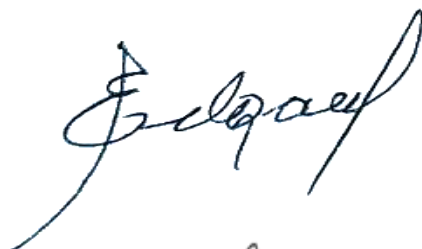
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal tercero de la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado 8° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., únicamente en el sentido de **CONDENAR** a Colfondos S.A. y Porvenir S.A. 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 la demandante estuvo afiliada en cada una de estas. 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: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
(En uso de permiso)

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir, Colfondos S.A. y Colpensiones, en la suma de \$1.000.000 a cargo de 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 VICTORIA ELENA BLANDÓN CORTÉS
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre 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 **VICTORIA ELENA BLANDÓN CORTÉS**, se declare que la ineficacia del traslado realizada con la AFP Colmena S.A. hoy Protección S.A. a mediados del año 1998, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de uno y otro sistema de pensiones en especial de su situación pensional; igualmente se declare ineficaz el traslado que realizó con la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. a finales del año 2000.

Como consecuencia de lo anterior, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tenerla como afiliada; se ordene a las AFP demandadas trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados, rendimientos financieros, actualización de su historia laboral, al igual que el bono pensional que haya lugar; se condene al pago de costas y agencias en derecho y lo que resulte probado en forma ultra y extra petita (Exp. Digital – cuaderno 3- pág. 91).

Como hechos fundamento de las pretensiones (Exp. Digital – cuaderno 3- pág. 91-92), señaló en síntesis, que se trasladó a la AFP Colmena S.A. hoy Protección S.A. a

mediados del año 1998, iniciando cotizaciones para el mes de agosto de dicha anualidad; que efectuó cotizaciones con Colpensiones para los ciclos diciembre de 1998 hasta agosto del año 2000; que realizó aportes para la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. desde noviembre del año 2000; que los asesores comerciales no le brindaron información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban en el RPM y en el RAIS, en especial no se le hizo un estudio de su situación particular, sino que se le ilustró únicamente sobre las ventajas que obtendría al cambiarse de régimen pensional.

Indicó, que nació el 18 de marzo de 1963; que la AFP Porvenir S.A. le realizó una simulación pensional dentro del plan de vida, ofreciéndole una mesada del salario mínimo legal mensual vigente para el año 2020; que al efectuarse la misma simulación ante Colpensiones obtendría una mesada pensional de \$5.072.122,67; que efectuado en toda su vida laboral un total de 1,308 semanas de cotización.

Acotó, que presentó reclamación ante Colpensiones el 23 de octubre de 2019, quien le contestó que no era posible activar ninguna afiliación como tampoco recibir los aportes realizados a la AFP.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (Exp. Digital – cuaderno 5), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó fecha de nacimiento de la demandante, solicitud presentada por la promotora del proceso ante la entidad y respuesta; en relación a los demás hechos, manifestó no ser ciertos los numerales 3, 4, 8 y 9; y no constarle los demás. Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

PORVENIR S.A. contestó (Exp. Digital – cuaderno 3- Pág. 142-159), también oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, dijo ser cierta la fecha a partir de que la demandante comenzó a efectuar cotizaciones ante dicha entidad, fecha de nacimiento de la señora Victoria Blandón; respecto de los demás hechos manifestó no ser ciertos los numerales 7 a 9 y 11; y no constarle los demás. Propuso como excepciones de mérito, 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.

PROTECCIÓN S.A. contestó (Exp. Digital – cuaderno 3- Pág. 199-220), también oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos señaló ser cierta la fecha de nacimiento de la demandante, no ser ciertos los numerales 1, 2, 4 y 7, y no constarle los demás. 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 y del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y traslado de aportes.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 1° Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá**, quien asumió el presente proceso de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA21-11766 del 11 de marzo de 2021, a través de sentencia del 15 de octubre de 2021 (Exp. Digital-cuaderno 17), resolvió:

PRIMERO: PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la señora VICTORIA ELENA BLANDÓN CORTÉS, identificada con C.c. No. 41.901.227, del régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de las AFP ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S. A., efectuado el 29 de septiembre de 1998 y el efectuado por PORVENIR S.A. el 27 de noviembre de 2000, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante señora VICTORIA ELENA BLANDÓN CORTÉS, identificada con C.c. No. 41.901.227, al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de pensiones-Colpensiones, como si nunca se hubiera trasladado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada AFP ADMINISTRADORA DE FONDO 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 de la señora VICTORIA ELENA BLANDÓN CORTÉS, identificada con C.c. No. 41.901.227, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES PROPUESTA POR LA PASIVA.

QUINTO: ABSOLVER a las entidades demandadas de las demás pretensiones invocadas.

SEXTO: *Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada COLPENSIONES, PROTECCIÓN Y PORVENIR S.A. a favor de la demandante. Fíjese la suma de \$500.000 como agencias en derecho a favor de cada uno de las accionadas.*

SEPTIMO: *En caso de no ser objeto del recurso de apelación la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.*

Fundamentó su decisión, haciendo referencia a las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral relacionadas con la ineficacia del traslado, en las que se hace un estudio sobre el deber de información a cargo de las AFP; así mismo, en las que la Corte mencionó que la firma que se plasma en un formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en estos formatos *pre-impresos*, tales como que la afiliación se hace de manera libre voluntaria o espontánea u otro tipo de leyendas o aseveraciones no dan cuenta del deber de información. Recalcó, que la alta Corporación también ha indicado que la información que hubiere impartido ese asesor o promotor del fondo privado, además de dar a conocer los aspectos favorables, también debió suministrar los aspectos desfavorables del cambio de régimen pensional, informándole al potencial afiliado el capital que requería para acceder a una pensión mínima.

Sostuvo, que en el presente asunto, al verificarse el escrito de contestación presentado por Protección del mismo se podía extraer que dicha entidad tenía presente su deber de información frente a sus potenciales afiliados; sin embargo, al revisarse todos los documentos que obraban dentro del plenario no se había evidenciado esa asesoría, en los términos o en las condiciones que se decía en el escrito de contestación; que por el contrario, la representante legal de la entidad en su interrogatorio de parte había señalado que el único medio probatorio con el que contaban era el formulario de afiliación.

De otra parte, arguyó que del interrogatorio de parte rendido por la demandante no se había podido obtener ningún tipo de confesión. Concluyendo, que de las pruebas recaudadas las mismas no demostraban que la AFP hubiera cumplido con el deber de información, poniéndole de presente a la demandante las características, condiciones, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, por lo que devenía declarar la ineficacia del cambio de régimen pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación argumentando que se encuentra acreditado en el presente asunto que la demandante realizó un traslado de régimen

pensional y que de manera posterior realizó un acto de relacionamiento, lo que da cuenta a la luz de lo que ha manifestado la Corte Suprema de Justicia, sobre la ratificación de la voluntad de manera clara y precisa, tal y como se establece en la sentencia SL3752-2020.

Por otra parte, respecto de la devolución de los gastos de administración, primas de seguros previsionales, dijo que la entidad funge como un tercero de buena fe; que recibió un traslado de régimen pensional que se efectuó de acuerdo a las leyes vigentes para entonces y además la demandante no estaba incurso en ninguna de las prohibiciones que establece la Ley 100 de 1993, razón por lo cual la ese fondo la recibió en acatamiento a lo dispuesto en el artículo 112 de la Ley 100 de 1993, por lo que no se le puede endilgar que con su propio patrimonio reconozca lo ordenado en primera instancia, dado que el traslado lo efectuó un tercero que pudo o no haber brindado la información al momento en que se realizó ese traslado de régimen pensional.

Adicionalmente, sostuvo que debe considerarse que al momento en que se produjo el traslado no existía un requisito adicional que el formulario de vinculación, el cual da cuenta no solo la existencia de ese traslado de régimen pensional, sino además el hecho de la eficacia de dicho negocio jurídico, lo cual también se exigía en los traslados horizontales. Adujo, que en el interrogatorio de parte rendido por la demandante se omitió de manera clara informar qué fue lo que ocurrió al momento en que se realizó el traslado y cuándo se trasladó a dicha entidad, ya que afirmó la actora que se le dio la misma información cuando fueron en momentos, lugares y entidades diferentes.

Agregó, que se aparta de la decisión de primer instancia en lo que respecta a los gastos de administración y primas de seguros previsionales, teniendo en cuenta que los mismos se encuentra facultados por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, los cuales permitieron que la afiliada tuviera mayores rendimientos financieros en su cuenta de ahorro individual, sin que se pierda de vista que la Corte Suprema de Justicia en las ineficacias de traslado ha dispuesto que por ser un derecho social y un derecho en el que hay situaciones que están cercanas a derechos fundamentales de las personas y que además de ello, tiene que ver también con situaciones que van más allá de la dignidad humana, es claro que los efectos de las ineficacias no pueden ser como en materia civil que destierran cualquier situación de existencia del acto jurídico; que en el caso en concreto, no se puede desconocer que durante 20 años la demandante nunca tuvo cubrir sus riesgos de invalidez o muerte; por lo tanto, no es dable retornar de su propio patrimonio los gastos que ya se descontaron para mantener cubiertos dichos requisitos, sin que se pierda de vista que Colpensiones también habría descontado los mismos.

Enfatizó, que caso de confirmarse la devolución de los gastos de administración se le permita retener lo que corresponde a los rendimientos financieros que se generaron.

Finalmente, solicitó sea absuelto de la condena en costas.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir S.A., así como en 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 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. Igualmente, se analizará si procede la condena en costas en primera instancia.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora VICTORIA ELENA BLANDÓN CORTÉS se afilió al ISS donde aportó desde el 29 de octubre de 1992, al 30 septiembre de 1998, y para el ciclo marzo de 2006, como da cuenta la historia laboral expedida por dicha entidad (Exp. Digital cuaderno 10), cotizando un total de 245,43 semanas; **ii)** que el **29 de septiembre de 1998**, suscribió formulario de traslado al RAIS con Colmena S.A. hoy Protección S.A. (Exp. Digital cuaderno 3 – Pág. 222); y **iii)** que posteriormente, el 27 de noviembre de 2000, suscribió formulario de afiliación con la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A, con efectos a partir del 1° de enero del 2001 (Exp. Digital cuaderno 3 – Pág. 174-175), entidad en cual se encuentra vinculada 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 **–29 de septiembre 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 Protección S.A. 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, que en este asunto la AFP Protección S.A. no allegó al plenario prueba alguna que demuestre que para el **29 de septiembre de 1998**, ilustró a la accionante sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, tan solo aportó el formulario de afiliación.

Frente a lo cual, 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*

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 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.

Ahora, respecto de los argumentos de que la demandante en el interrogatorio de parte manifestó que se le brindó la misma información durante los traslados horizontales que hizo en el RAIS; es de advertir como bien se ha dicho la carga de la prueba estaba a cargos de las AFP, de manera que les correspondía a ellas desvirtuar lo dicho por la actora; por lo que dicho argumento tampoco acredita el deber de información que debía cumplir Porvenir S.A.

Se suma a lo anterior, que la carga de la prueba en cuanto al deber de información y asesoría, está en cabeza de las administradoras de pensiones, con total independencia de las circunstancias particulares de cada afiliado. Sobre este puntal aspecto, cabe traer a colación lo dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL2058-2022, en donde se puntualizó:

[...] se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, corre por cuenta de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación¹; (ii) 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 (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4426-2019).

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

¹ En tal sentido, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

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 revertir 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.

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 como erradamente lo señala el apelante, 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 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 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, entre muchas otras); como en este caso, todo 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.

Lo anterior, también tiene sustento en sentencia CSJ SL843-2022, en la que se dijo:

Paralelamente, se ordenará a Porvenir S.A., Protección S.A. y a Colfondos S.A., a trasladar a Colpensiones las comisiones y los gastos de administración que fueron cobrados durante todo el tiempo de afiliación de la demandante, así como los valores de las primas de los seguros previsionales y el porcentaje de la cotización destinado al fondo

de garantía de pensión mínima, los cuales deberá cancelar debidamente indexados, y que deberá asumir con cargo a sus propios recursos.

Lo anterior, por cuanto al declararse la ineficacia del traslado, las cosas vuelven a su estado anterior, de manera que la administradora tiene que asumir los deterioros del bien administrado, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta del fondo, al haber incurrido en la omisión de brindar la información adecuada, oportuna y suficiente al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuentan de la cotización y de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

Por tal razón, esa declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020). (subrayado y negrilla fuera el texto original).

Por lo tanto, se hace necesario **adicionar** la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar a la AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. el traslado a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de ellas, las cotizaciones recibidas en su integridad con motivo de la afiliación de la señora VICTORIA ELENA BLANDÓN CORTES, 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 la *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 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). Lo cual tampoco resulta respecto de los gastos de administración y sumas adicionales.

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA

En cuanto a la condena en costas a cargo de Porvenir S.A. en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas a la parte vencida en el proceso, luego al resultar Porvenir S.A. también vencida en juicio en tanto tiene que trasladar los aportes de la cuenta individual de la demandante y demás emolumentos que aquí se están determinado; aunado a que presentó oposición a las pretensiones de la demanda; por lo tanto, debe ser condenada en costas.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. como quiera que su recurso de alzada no salió adelante.

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:

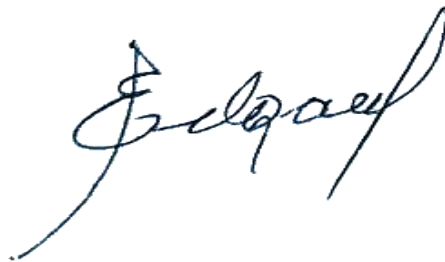
PRIMERO: ADICIONAR el ordinal tercero de la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado 1° Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., únicamente en el sentido de **CONDENAR** a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de ellas, los 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 su permanencia en esta. 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.

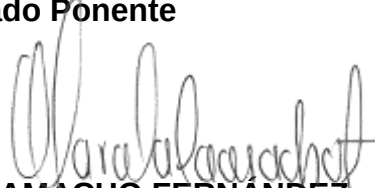
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Porvenir S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



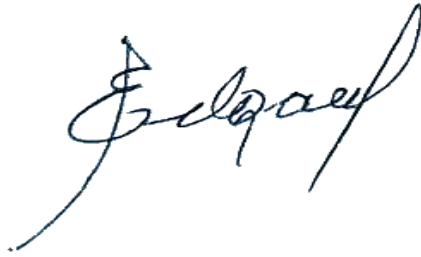
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

(En uso de permiso)

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A., en la suma de \$1.000.000.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Édgar', with a stylized flourish extending from the bottom left.

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 INÉS MERCADO URZOLA
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y AFP COLFONDOS S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre 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 INÉS MERCADO URZOLA**, se declare sin valor y efecto la afiliación y traslado de régimen de prima media al régimen de ahorro individual. En consecuencia, se ordene a Colfondos S.A. el traslado de aportes de pensiones a Colpensiones y se ordene a esta última entidad a recibir dichos aportes; se condene ultra y extra petita y al pago de costas y agencias en derecho (f° 49).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 47-49), señaló en síntesis, que comenzó a efectuar sus aportes pensionales al ISS a partir del 27 de junio de 1989, con el «*Instituto del Sistema Nervioso del o*»; que para el año 1996, Colfondos visitó el hospital donde trabajaba para que los empleados hicieran el traslado a dicho régimen, indicándoles que era lo mejor para ellos, generándoles falsas expectativas.

Narró, que desde el año 2010, ha insistido con el traslado de régimen a fin de retornar de nuevo al régimen de prima media, solicitud que fue negada por no cumplir con lo dispuesto en la sentencia SU 062-2010; así mismo solicitó trasladarse unos meses antes de cumplir los 10 años para pensionarse, pero por errores del sistema con el ISS no fue posible, perdiendo ese derecho.

Por último, manifestó que desde el 1° de agosto de 1995, se encuentra laborando con la Secretaría Distrital de Salud en el Hospital de Vista Hermosa sin interrupciones, cumpliendo 22 años servicio al Estado, más otras semanas con diferentes hospitales prestando sus servicios como enfermera y que cuenta con 55 años de edad, cumpliendo así con los requisitos de la Ley 33 de 1985.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f° 79-93), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó fecha de afiliación a dicho fondo; en relación a los demás dijo no ser ciertos los numerales 10, 13 a 15, y no constarle los restantes. Propuso como excepciones de fondo validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, prescripción e innominada o genérica.

COLFONDOS S.A. contestó (f° 96), allanándose a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos dijo ser ciertos los numerales 10 a 15, y no constarle los demás, y no propuso excepciones de fondo.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 17 de septiembre de 2021 (CD f° 127), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la **INEFICACIA** del acto de traslado que hizo la demandante **MARÍA INÉS MERCADO URZOLA**, del Régimen de Pirma Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS S.A.

Señalando como consecuencia de tal declaración, que ningún efecto jurídico surtió el traslado y por tanto siempre estuvo afiliada al Régimen de Pirma Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP COLFONDOS S.A., donde se encuentra vinculada actualmente la demandante a trasladar el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por gastos de administración.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADA las excepciones propuestas por todo el extremo pasivo de la acción.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS de la acción a la parte demandada AFP COLFONDOS S.A. *tásense*.

Fundamentó su decisión, señalando que dicho despacho viene acogiendo la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral relacionada con la ineficacia del traslado, en donde se ha considerado de manera reiterada que se genera consecuencias a la administradora de fondo de pensiones ante el incumplimiento del deber de información, estando obligadas a ilustrar a sus posibles afiliados y con antelación al acto de traslado de manera clara, cierta, comprensible y oportuna sobre las características, condiciones, beneficios, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, no siendo un deber que opere únicamente para los afiliados que tengan un derecho consolidado, un beneficio transicional o una expectativa legítima de pensionarse; teniendo las AFP la carga de la prueba; sin que sea suficiente la suscripción del formulario de afiliación.

En cuanto al caso en concreto, estableció la *a quo* que la AFP no allegó ningún elemento de convicción que desvirtuará las afirmaciones efectuadas por la demandante en escrito de demanda; que del interrogatorio de parte rendido por ella no se obtuvo ninguna confesión y por el contrario, ratificó lo informado en el líbelo demandatorio, aunado a que la Colfondos no había dado contestación a la demanda debiéndose tener como indicio grave en su contra; declarando de tal modo la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación manifestando que la *a quo* al momento de dictar sentencia no tuvo en cuenta que Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre la actora y Colfondos; debiéndose tener en cuenta que dichos actos jurídicos tiene efectos *Inter partes*, por lo que la entidad no puede ser perjudicada por la decisión tomada por la juez; que de confirmarse la decisión se estaría afectando gravemente el equilibrio financiero y el tema de seguridad social en pensiones el cual fue establecido por el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, debiéndose tener en cuenta el impacto que genera a la reserva pensional que día tras día se ha venido afectando de manera excesiva y preocupante con este tipo de procesos.

De otro lado, solicitó que se estudie de manera juiciosa este caso, pues al retornar al régimen de prima media, Colpensiones deberá acarrear futuros pensionales lo cual genera un fuerte impacto en el equilibrio financiero y la reserva presupuestal que

se destina para tales fines. Peticionó que se tenga también en cuanto lo estipulado en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el cual establece que el afiliado no podrá trasladarse de régimen pensional si le faltare 10 años o menos para pensionarse, encontrándose inmersa la demandante en tal prohibición.

Indicó, que debe tenerse en cuenta que conforme a la jurisprudencia si se declara la ineficacia del traslado debe devolverse además de lo ahorrado en la cuenta de ahorro individual del afiliado, las cuentas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales, porcentajes destinados a pagos de seguros provisionales y gastos de administración, por lo que en caso de determinarse que debe declararse la ineficacia del traslado y, por ende, que la demandante debe retornar al régimen de prima media se condene a la AFP demandada que incumplió con el deber de información a pagar dichos rubros en calidad de perjuicio conforme a la teoría del daño del derecho civil, que establece que quien causa el daño es quien debe repararlo.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por las Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta en lo no apelado, 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 la 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 la actora en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora María Inés Mercado Urzola se afilió al ISS donde aportó desde el 27 de junio de 1989, al 30 de junio de 1999, cotizando un total de 362 semanas (f° 73); *ii)* que el 21 de abril de 1999 se trasladó a RAIS a través de la AFP Colfondos con efectividad a partir del **1° de junio de 1999**, como da cuenta el certificado expedido por Colpensiones (f°72) y el escrito de allanamiento prestado por Colfondos (f° 96), encontrándose actualmente vinculada a ésta última entidad.

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 la AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en

pensiones y se concibió la existencia de la AFP, se estableció en cabeza de esta 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 –**1° de junio 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 Colfondos 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, en este asunto la AFP Colfondos no allegó al plenario prueba alguna que demuestre que para el **1° de junio de 1999**, ilustró a la accionante sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, ni siquiera aportó el formulario de afiliación.

Se suma a lo anterior, que la carga de la prueba en cuanto al deber de información y asesoría, está en cabeza de las administradoras de pensiones, con total independencia de las circunstancias particulares de cada afiliado. Sobre este puntal aspecto, cabe traer a colación lo dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL2058-2022, en donde se puntualizó:

[...] se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, corre por cuenta de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación¹; (ii) 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 (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4426-2019).

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 revertir 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.

Entonces, al no haber constancia de que Colfondos 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

¹ En tal sentido, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

régimen, a pesar de ser esa su carga, trae como consecuencia que el mismo sea declarado como **ineficaz**.

En lo que respecta a los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y demás emolumentos, 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 la AFP privada, trasladar 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, entre muchas otras); como en este caso, todo 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 esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad con motivo de la afiliación de la señora MARÍA INÉS MERCADO URZOLA, 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 la *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 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 propuso Colpensiones, 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).

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones como quiera que su recurso de alzada no salió adelante.

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,

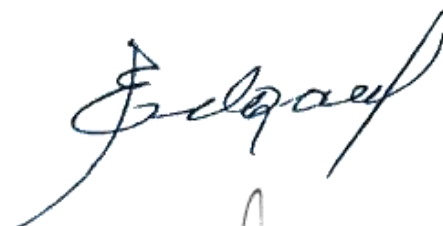
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., únicamente en el sentido de **CONDENAR** a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de ella, 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 ella. 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: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS a cargo de Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
(En uso de permiso)

AUTO DEL PONENTE:

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Édgar', with a stylized flourish extending from the end.

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente