

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 EDITH PÉREZ RODRÍGUEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre 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 EDITH PÉREZ RODRÍGUEZ** 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 la AFP Colfondos. En consecuencia, se le **condene** a Porvenir a trasladar a Colpensiones todos y cada uno de los valores consignados en su cuenta de ahorro individual por concepto de cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional de la aseguradora, junto con los rendimientos causados, como lo dispone el artículo 1746 del CC; se **ordene** a Colpensiones activar su afiliación en el RPM, a reconocerle y pagarle una pensión de vejez, junto con los intereses moratorios, la indexación sobre las mesadas causadas; y que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 1 exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 16 de abril de 1954; que cotizó para los riesgos de IVM

desde el 16 de julio de 1975, hasta el 31 de diciembre de 1998, en el ISS acumulando un total de 575 semanas; que fue trasladada del ISS a Colfondos cuando se encontraba laborando para el Banco Popular S.A., efectuando cotizaciones en este desde enero de 1999; que fue trasladada a la AFP Porvenir en marzo del 2000.

Narró, que la administradora de pensiones privada no la asesoró ni le dio información al momento del traslado de régimen: i) acerca de cuáles eran los requisitos para pensionarse en este sistema de acuerdo a su historia laboral y al cargo que estaba desempeñando; ii) un cálculo actuarial que le permitiera establecer la diferencia entre el valor de la mesada pensional que obtendría en el RPM y en el RAIS; iii) que el valor de la pensión dependía directamente de la modalidad elegida, y que el posible monto pensional estaba sujeto a los rendimientos de capital fluctuantes por las tasas de interés del mercado, el nivel de riesgo de inversión en el portafolio del Fondo Privado, el alto costo de la venta del Bono pensional en el mercado secundario para una pensión anticipada; eso sin contar con los porcentajes mensuales de descuento que por la administración de tales recursos le efectuaría el fondo y que disminuyen mes a mes el monto ahorrado; iv) que bajo el RPM tenía un derecho pensional cierto, es decir, una mesada pensional con un valor vitalicio constante, resultante de aplicar un porcentaje establecido en la Ley, acorde con el número de semanas cotizadas; v) que para pensionarse antes de los 55 años era obligatorio acogerse a la modalidad de retiro anticipado que implica la venta del Bono pensional en el mercado secundario, con un alto costo por esta transacción que repercutía directamente en el valor pensional, y que requería un capital ahorrado mínimo, valor que no le fue determinado y que a la fecha supera los \$280.000.000 para tener derecho a una pensión de SMMLV; vi) que para pensionarse con una mesada superior al SMMLV, se vería forzada a cotizar más años que los exigidos en el RPM, y que pese a la cotización durante un tiempo mayor, el Fondo Privado tampoco podía garantizar que el valor de la mesada pensional al momento de hacerse exigible, fuera mayor que en el RPM como en efecto ocurre; vii) de forma clara, completa y cierta acerca de las consecuencias y efectos futuros de abandonar el RPM y trasladarse al RAIS, además omitió información neurálgica para una decisión que comprometía consecuencias catastróficas para ella.

Expuso, que tampoco le informaron que durante su permanencia en el fondo privado de su ahorro pensional le descontarían el 1.5% por concepto de administración, el cual se maneja de acuerdo con los intereses económicos de la AFP; que nunca le entregaron el manual de funciones de la entidad ni el plan de pensiones. Agregó que radicó ante Colpensiones, Colfondos y Porvenir derecho de petición

solicitando la ineficacia de su traslado inicial, pero que dichas entidades negaron su petición.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 2-15 archivo 10 exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora; que estuvo vinculada al ISS y que aportó 572,29 semanas, y el agotamiento de la reclamación administrativa; frente a los demás, indicó 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, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones.

La **AFP COLFONDOS S.A.**, contestó (f.º 4-18 archivo 12 exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante; que se trasladó al RAIS a través de Colfondos y que presentó derecho de petición el cual fue despachado de manera negativa; frente a los demás, indicó a unos que no le constaban por corresponder a un tercero, o que no eran ciertos. Aclaró, que cumplió con el deber legal de brindar información de manera clara, veraz y comprensible sobre los riesgos cubiertos, la naturaleza propia del RAIS, donde se le informó que este se basaba en el ahorro pensional que acumula cada afiliado, el cual va generando rentabilidad, dineros con lo que finalmente se financia la pensión; que para obtener esa prestación debe tener un capital que al menos le permita financiar una pensión equivalente al 110% del salario mínimo, que igualmente le ilustró sobre la garantía de pensión mínima; que siendo consciente de ello la demandante optó por trasladarse de manera libre, haciendo uso del derecho que le asiste de la libre escogencia de régimen pensional.

Formuló como excepciones de fondo, las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, e innominada.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (f.º 2-26 archivo 13 exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, solo aceptó que la demandante radicó derecho de petición frente al que emitió respuesta negativa; frente a los demás, indicó a unos que no le constaban por corresponder a un tercero, o que no eran ciertos. Aclaró, que el traslado horizontal fue voluntario, que se le brindó una asesoría profesional y completa, en la que dieron información clara, veraz y provista de elementos de juicio objetivos para la toma de una decisión consiente, tal y como lo dispone el numeral 1º del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993, entre otros temas, se le explicó 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, y que su vinculación al Régimen de Ahorro Individual era completamente voluntaria.

Agregó, que se le expusieron que entre los beneficios más importantes del RAIS se destacaban: i) en caso de que el afiliado muera y no cumpla con el capital para pensionarse, sus herederos podrán disponer de ese capital; ii) que en caso de no completar el capital necesario para la pensión y si cuenta con 1150 semanas de cotización, podrán acceder a la garantía de la pensión mínima; iii) que si el monto de su pensión llega a ser superior al 70% de su Ingreso Base de Liquidación, podrá disponer de sus excedentes de libre disposición. Que igualmente, le explicaron las características del Régimen de Prima Media, y la forma de acceder a las prestaciones correspondientes.

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 Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 22 de noviembre de 2021 (archivo 25-26 exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del régimen pensional que hiciera la señora SILVIA EDITH PÉREZ RODRÍGUEZ identificado con C.C. No.41.641.364, ante COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS el 15 de diciembre de 1998 con fecha de efectividad el 01 de febrero de 1999, por los motivos expuestos en esta providencia. 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 SOCIEDAD 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 demandante SILVIA EDITH PÉREZ RODRÍGUEZ, por concepto de cotizaciones y rendimientos, 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 a recibir de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, por concepto cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES que una vez actualizada la historia laboral de la demandante estudie si la misma cumple o no con los requisitos para que le sea reconocida la pensión de vejez. Igualmente estudie si es viable su reconocimiento conforme al régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

QUINTO: SIN CONDENA en costas.

Fundamentó su decisión, en que se encontraba probado que la demandante había nacido el 16 de abril de 1954; que se afilió al RPM administrado por el ISS hoy Colpensiones donde aportó desde el 16 de julio de 1975, hasta el 31 de diciembre de 1998, un total de 572,29 semanas; que se trasladó a Colfondos el 15 de diciembre de 1998, con efectividad a partir del 1° de febrero de 1999; que realizó un traslado horizontal el 24 de febrero del 2000, a la AFP Porvenir S.A., donde permanece hasta la actualidad. Agregó, que la promotora del litigio para la data del traslado era beneficiaria del régimen de transición, porque al 1° de abril de 1994, contaba con más de 35 años de edad conforme lo establecía el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

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, afirmando que para el caso de los afiliados que lo eran las AFP debían ser mucho más cuidadosas respecto del cumplimiento de sus obligaciones, pues ese beneficio fue una prerrogativa que dio la ley a las personas próximas a alcanzar el derecho pensional, para que pudieran hacerlo con la norma aplicable antes de la expedición de la citada Ley 100.

Sostuvo, que la jurisprudencia ha venido fijando unas reglas, dentro de las cuales 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.

Explicó, que con el paso del tiempo el deber de información ha ido evolucionando para acumular más obligaciones, estableciéndose 3 etapas, entre 1993 y 2009, del 2009 al 2014, y a partir del 2014 en adelante, y determinó que el traslado de la actora se enmarcaba en la primera etapa en virtud de que su traslado se dio en 1998, por lo que Colfondos S.A., debía ilustrar al ciudadano acerca de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluía dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.

Señaló, que en este caso no se había demostrado que Colfondos hubiese cumplido con ese deber en los términos anteriormente referidos; que si bien el traslado se había realizado por razones de amistad, compañerismo o solidaridad, lo cierto era que la AFP debía ser muy estricta con las afiliaciones y con el acatamiento del deber de información, esto con el fin de no actuar en detrimento de los futuros afiliados, máxime que en este caso la demandante era beneficiaria del régimen de transición lo que exigía una mayor rigidez en el cumplimiento del mismo.

Indicó, que en el traslado realizado a la AFP Porvenir en el año 2001, tampoco se había probado que se le hubiese ilustrado sobre los aspectos mínimos que se exigían en esa primera etapa. Que en consecuencia, declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado el 15 de diciembre de 1998, y ordenaría a la AFP Porvenir S.A., devolver los aportes y rendimientos financieros de la actora a Colpensiones.

Advirtió, frente a la pretensión de la pensión de vejez que por el hecho de no tener la historia laboral consolidada le era imposible entrar a verificar las semanas

cotizadas, pero que ordenaría a Colpensiones que una vez se actualice toda la historia laboral entre a estudiar si la actora tiene o no derecho al reconocimiento de la pensión de vejez bajo el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

RECURSO DE APELACIÓN

La **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación de manera parcial, en cuanto al reconocimiento de la pensión de vejez y a la no condena en costas. En relación con el primer asunto afirmó que aportó al expediente todos los documentos que acreditan el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión, y esta debía reconocerse con independencia de que se ordene a Colpensiones pagarla una vez reciba el capital del RAIS.

Frente al segundo tema, expuso que conforme a la ley quien sale vencido en juicio debe pagar costas y en este asunto no se condenaron sin justificación alguna.

COLPENSIONES también impetro recurso de apelación con el fin de que se adicione el numeral segundo de la sentencia con el fin de que le sean reintegrados los gastos de administración y se de aplicación a los efectos jurídicos de la ineficacia conforme lo ha fijado las sentencias de la Corte Suprema de Justicia.

AFP COLFONDOS S.A., y AFP PORVENIR sin recurso.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última entidad 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, de un lado, 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 la actora

en el RAIS; y de otro, si la demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague la pensión de vejez que reclama.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora SILVIA EDITH PÉREZ RODRÍGUEZ nació el 16 de abril de 1954, por ende, al 1° de abril de 1994, contaba con 39 años de edad, por lo que en principio era beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad; *ii)* que se afilió al ISS donde aportó desde el 16 de julio de 1975, al 31 de diciembre de 1998, un total de 572,29 semanas (archivo 11 exp. digital); *iii)* que el **15 de diciembre de 1998**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Colfondos S.A., el cual se hizo efectivo a partir del 1° de febrero de 1999 (f.° 98 archivo 1 y f.° 28 archivo 13 exp. Digital); *iv)* que realizó un traslado horizontal a la AFP Porvenir el 24 de febrero del 2000 (f.° 37 y 28 archivo 13 exp. Digital), donde ha venido cotizando hasta la fecha; y *v)* que según historia laboral consolidada expedida por Porvenir el 18 de abril del 2020, contaba con 1.644 semanas cotizadas siendo el último periodo aportado el noviembre de 2019 (f.° 44-57 archivo 13 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 el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**15 de diciembre de 1998**–, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y

transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Colfondos 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 Colfondos suscrito el 15 de diciembre de 1998, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, como en el *sub lite* que la actora pasó de Colfondos

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

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

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

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

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

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y

además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial. (Negrillas fuera del texto original).

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

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

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 Modificar y Adicionar el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de **CONDENAR** a la AFP Porvenir S.A. y a Colfondos a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquellas, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, 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.

PENSIÓN DE VEJEZ

Pretende la demandante se reconozca su pensión de vejez, aspecto sobre el cual el *a quo*, no lo hizo pronunciamiento. Para resolver sobre este pedimento, se hace necesario recordar que la actora en principio era beneficiaria del régimen de transición, en razón a su edad, ya que nació el 16 de abril de 1954, y al 1° de abril de 1994, tenía 39 años de edad, por lo que esta Sala analizará si la accionante cumple con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

Bajo esas circunstancias, para el reconocimiento de la pensión de vejez conforme el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, deben verificarse los siguientes supuestos fácticos: *i)* cincuenta y cinco (55) años o más de edad si es mujer; y *ii)* un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, o haber acreditado un número de mil (1000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Así, con el fin de establecer si la señora SILVIA EDITH PÉREZ RODRÍGUEZ cumple con los presupuestos exigidos, se procede a estudiar el material probatorio obrante en el expediente, así:

1.- Copia de la cedula de ciudadanía (f.º 30 archivo 1 exp. digital), donde se lee que la señora SILVIA EDITH PÉREZ RODRÍGUEZ nació el 16 de abril de 1954, concluyendo que llegó a los 55 años de edad el mismo día y mes del año 2009.

2.- Que la actora cotizó al sistema general de pensiones entre el 16 de abril de 1989, y el 16 de abril de 2009 -20 anteriores a cumplir 55 años- las siguientes semanas, de conformidad con: *i)* la historia laboral expedida por Colpensiones el 19 de marzo de 2021 (archivo 11 exp. Digital); y *ii)* la historia laboral emitida por Porvenir S.A. el 18 de abril del 2020 (f.º 44-57 archivo 13 exp. Digital):

PERIODO		FONDO DE PENSIONES	SEMANAS COTIZADAS
DESDE	HASTA		
20/10/1991	31/12/1998	ISS	372.72
01/01/1999	01/02/2000	Colfondos	60
01/03/2000	16/04/2009	Porvenir	465.61
Total semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de los 55 años de edad			898.33

Es decir, que la señora SILVIA EDITH PÉREZ RODRÍGUEZ, acreditó el requisito de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos

veinte (20) años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, por tanto, es claro que la promotora del litigio tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión de vejez a la luz del régimen de transición conforme a lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, por lo que así se declarará.

Lo anterior, es así porque conforme el parágrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005, el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, por regla general iría hasta el 31 de julio de 2010, y de manera excepcional se extendería hasta el 31 de diciembre de 2014, para los afiliados que a la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo, además de estar inmersos en el régimen de transición tuviesen cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios, encontrándose la demandante en la regla general pues cumplió los requisitos exigidos por el Acuerdo 049 de 1990 el 16 de abril de 2009.

Resulta pertinente aclarar, que verificada su historia laboral al 29 de julio de 2005, cuando entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005, la demandante solo contaba con 707,14 semanas; luego, para ella solo aplicaría la regla general y no la excepción contemplada en dicha disposición de orden constitucional. Tabla de semanas al 29/07/2005.

PERIODO		FONDO DE PENSIONES	SEMANAS COTIZADAS
DESDE	HASTA		
20/10/1991	31/12/1998	ISS	372,72
1/01/1999	1/02/2000	Colfondos	60
1/03/2000	29/07/2005	Porvenir	274,42
Total semanas cotizadas al 29/07/2005			707,14

Ahora, es pertinente señalar que para entrar a disfrutar de la pensión aquí reconocida es necesario la desafiliación del sistema, conforme lo exige el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990; no obstante, en este asunto no se acreditó la novedad de retiro o desafiliación del sistema, por ende, el disfrute efectivo de la prestación se hará a partir de la fecha en que dicho requisito se demuestre.

Se aclara, que para su liquidación se deberá tener en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada para el riesgo de vejez, en la tasa de reemplazo que le corresponda conforme al artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, debiendo tenerse cuenta para liquidar su IBL lo previsto en el canon 21 de la Ley 100 de 1993, la cual se debe pagar junto con los reajustes de orden legal que sobre las mismas se deban hacer año a año, y para efectos del reconocimiento ordenado, Colpensiones deberá

tener en cuenta que la actora causó su pensión en vigencia del Acto legislativo 01 de 2005, por lo que deberá analizar si le asiste derecho a 13 o 14 mesadas pensionales al año.

En consecuencia, se modificará el numeral cuarto de la decisión de primera instancia, conforme se acaba de exponer.

Por último, frente a la apelación del demandante relacionado con la no condena en costas en primera instancia, se advierte que esta Corporación que le asiste razón como quiera que conforme el numeral 1° del artículo 365 del CGP la parte vencida en el proceso será condenada en costas, luego al resultar vencidas en juicio Colpensiones, la AFP Colfondos S.A, y la AFP Porvenir S.A., estas deben ser condenadas en cotas, máxime que todas presentaron oposición a las pretensiones de la demanda. En conclusión, se revocará la decisión en este aspecto.

COSTAS

Sin Costas en esta instancia dado que los recursos de apelación presentados por la demandante y por Colpensiones prosperaron.

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 de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR:**

- **A COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** a trasladar a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora, esto es, entre el 1° de febrero de 1999 y el 31 de marzo del 2000. 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 MINISTRADORA DE FONDOS DE 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 abril del 2000 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.

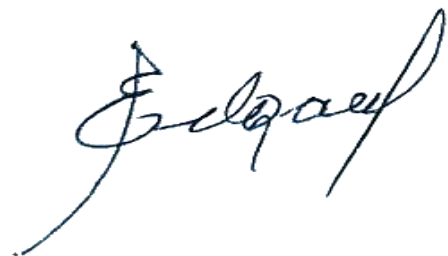
SEGUNDO: MODIFICAR EL NUMERAL CUARTO de la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la señora SILVIA EDITH PÉREZ RODRÍGUEZ la pensión de vejez, a la luz del régimen de transición conforme a lo establecido en la Acuerdo 049 de 1990, **una vez se desafilie del sistema**, procediendo a calcular la tasa de reemplazo de acuerdo con al artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990 y el IBL según lo establecido en el artículo 36 o el 21 de la Ley 100 de 1993.

TERCERO: REVOCAR EL NUMERAL QUINTO de la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar **CONDENAR** en costas de primera instancia a las demandadas Colpensiones, la AFP Colfondos S.A, y la AFP Porvenir S.A.

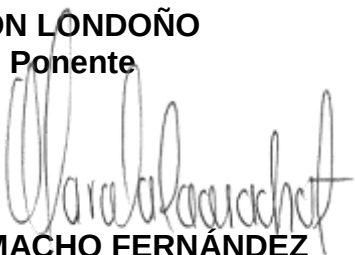
CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

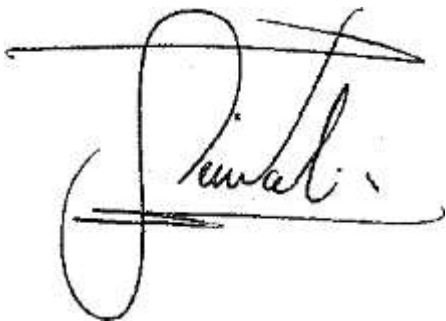
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

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 HÉCTOR ORLANDO BOGOYA AGUILAR CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, Y SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTIAS Y COMO LLAMADO EN GARANTIA MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre 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 **HÉCTOR ORLANDO BOGOYA AGUILAR** 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 la AFP Skandia S.A., por omitir el deber de información, en consecuencia, se le **condene** a trasladar a Colpensiones todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y devolución de los gastos de administración; que se **ordene** a Colpensiones recibir los aportes y rendimientos devueltos, actualizar y corregir su historia laboral; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, al pago de las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 1 exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 17 de enero de 1968; que se afilió al ISS desde el inicio de su vida laboral hasta el año 1998; que de manera posterior ante una campaña de desinformación de la AFP SKANDIA, firmó un formulario de traslado del RPM al

RAIS, siendo efectivo ese traslado a partir de febrero de 1998; que esa AFP no le suministró información pertinente, completa, concreta y veraz sobre: i) las reales consecuencias que conllevaría su decisión de traslado de régimen; ii) la naturaleza propia del RAIS, ni sus características, ni su diferencia con el RPM administrado en ese momento por el ISS, es decir, omitió informarle las ventajas y desventajas de ambos regímenes; iii) las condiciones que tenía que cumplir tanto en el RPM como en el RAIS para acceder a una pensión por las contingencias de vejez, invalidez o muerte, y por ende, lo que era más conveniente para su futuro pensional; iv) que el monto de la mesada pensional dependía del total del capital que lograra acumular en su cuenta individual; v) que en 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; vi) que el valor de la pensión en el RPM no estaba sujeto al comportamiento de la economía y el mercado financiero, mientras que en el RAIS, el monto acumulado por los afiliados si dependía del mercado financiero, que podía variar de forma muy desventajosa; vii) que podía hacer aportes voluntarios para incrementar el valor de la pensión siendo ésta la única posible ventaja de trasladarse a dicho fondo privado de pensiones; y viii) los descuentos que se harían sobre lo aportado.

Narró, que durante su afiliación a esa AFP no recibió asesoría por el personal capacitado, sobre cuál sería su futuro al llegar a la edad de disfrutar su pensión, ni le informaron antes de los 10 años para llegar a la edad mínima de pensión que vencía su plazo de retornar al RPM, el cual era el que más le convenía para sus intereses pensionales, ni sobre las proyecciones que debía prever, para asegurar un monto pensional en condiciones dignas, en el momento de su retiro.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 10 exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, que estuvo vinculado al ISS y que realizó traslado al RAIS a través de Skandia; frente a los demás, indicó 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 y la innominada o genérica

La **AFP SKANDIA S.A.** contestó (archivo 12 exp digital) oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el actor se trasladó a esa AFP mediante la suscripción de formulario de afiliación a la AFP PENSIONAR S.A, el 13 de febrero de 1998 con vigencia a partir del 1° de abril de 1998, donde permanece hasta la fecha; 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 los asesores se encontraban debidamente capacitados y formados para brindar toda la información a los potenciales afiliados, por lo que previo a suscribirse el formulario de afiliación a Pensionar por el demandante, a este de manera verbal se le asesoró acerca de las características, particularidades, bondades y limitaciones del RAIS. Además, que no se había incurrido en vicios del consentimiento, porque para el momento del traslado de régimen en el año 1998, el demandante contaba con la mayoría de edad. Respecto del objeto y la causa este era lícito, en la medida que se ofrecía, prestaba y garantizaba un servicio esencial con carácter de derecho fundamental como es la seguridad social en pensiones, que se encontraba ampliamente regulado por la ley 100 de 1993. Y por último el consentimiento, fue libre de vicios tal como quedó plasmado en el formulario de afiliación con la anotación de firmar de manera libre, voluntaria y sin presión.

Explicó que la sociedad OLD MUTUAL (Skandia) PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, se fusionó con la sociedad administradora de fondos de pensiones PENSIONAR S.A., absorbiéndola.

Formuló como excepciones de fondo, las de Old Mutual hoy Skandia no participó ni intervino directamente en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y la genérica.

De otra parte, solicitó el llamamiento en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (f.º 99-104 archivo 12 exp. digital), en virtud de los contratos de seguro previsional suscritos entre dicha entidad y SKANDIA cuyas vigencias fueron entre el 1° de enero de 2007 y el 31 de diciembre de 2018, el que fue admitido por el Juzgado de origen (archivo 14 exp. digital), y una vez notificada esa aseguradora, contestó la demanda señalando que se oponía a las pretensiones de esta y que no le constaba

ningún hecho. Frente al llamamiento en garantía, expuso que en el hipotético caso que se llegare a declarar la nulidad o ineficacia del traslado de régimen y se ordenara la devolución de aportes el seguro previsional expedido por ellos no tenía esa cobertura, por cuanto únicamente cobijaba el pago de la suma adicional para completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez o sobreviviente.

Formuló como excepciones de mérito, las de improcedencia del llamamiento en garantía; inexistencia de consecuencias al asegurador, frente al deber de información, improcedencia de devolución de primas por ser plenamente válido el contrato de seguro previsional de invalidez y sobrevivientes documentado bajo las pólizas 9201407000002, 9201411000000 y 9201411900149 con vigencia entre el 1º de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2018, e inexistencia de obligación legal que impusiera a la aseguradora previsional el asesoramiento en el traslado de régimen pensional.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 8 de febrero de 2022 (archivo 29-31 exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen del demandante HECTOR ORLANDO BOGOYA AGUILAR declarándolo entonces como válidamente afiliado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SKANDIA a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES la totalidad de sumas de dinero que recibió de la demandante por concepto de aportes junto con sus intereses y frutos civiles, sin que pueda descontar suma alguna de dinero por concepto de gastos de administración y seguros, entre otros.

TERCERO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES a recibir al demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiese trasladado de régimen. Igualmente deberá recibir de SKANDIA la totalidad de sumas de dinero que le traslade por concepto de aportes junto con sus rendimientos y frutos civiles sin que pueda descontar suma alguna de dinero por concepto de gastos de administración y seguros.

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

QUINTO: CONDENAR a la demandada SKANDIA al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente a favor del demandante y medio salario mínimo legal mensual vigente a favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

La *a quo*, empezó por afirmar que el demandante se encontraba afiliado en la actualidad al RAIS, que en el expediente se hallaba el formulario de traslado del ISS a Skandia diligenciado el 13 de febrero de 1998, por lo que verificaría cuales eran los presupuestos normativos vigentes a esa data, encontrando que eran: el literal b) del

artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, disposiciones que citó textualmente.

Señaló, que en el expediente obraba le formulario de afiliación a Pensionar hoy Skandia diligenciado el 13 de febrero de 1998, y aparentemente se cumpliría con los presupuestos legales exigidos en las normas referidas. No obstante, este asunto debía ser analizado a la luz de lo planteado por la Corte Suprema de Justicia en reiteradas sentencias, como por ejemplo la SL1452-2019, donde se fijaron 3 aspectos fundamentales, así: el primero, que la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esa forma, la Corte Suprema ha dicho que no puede alegarse *«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»*.

El segundo, que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», *«se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones»* u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado. (...), que de esa manera, el acto jurídico de cambio de régimen debía estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado; y tercero, que como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, correspondía a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Expuso, que el demandante en su interrogatorio de parte señaló que el traslado se dio porque en su empresa hubo una reunión con un asesor de Old Mutual (Skandia), que él llenó el formulario y luego pasaron recogiendo los, que él no hizo preguntas, que no existió presión, que le entregaron extractos, que quiere retornar a Colpensiones porque fue mal informado, que no le explicaron sobre la pensión anticipada, ni de la posibilidad de retornar al RPM, ni de la cuenta individual, ni que la pensión de vejez dependía de lo ahorrado, ni sobre los rendimientos. Concluyó que al promotor del litigio no le habían

explicado absolutamente nada según su dicho, y que la AFP demandada no había probado lo contrario.

Advirtió, que Skandia no cumplió con su carga de probar por cualquier medio que al momento del traslado año 1998, había ilustrado al señor Bogoya sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales. En consecuencia, manifestó que declararía ineficaz el traslado de régimen y ordenaría a Skandia trasladar los aportes junto con sus rendimientos y frutos civiles sin que pueda descontar suma alguna de dinero por concepto de gastos de administración y seguros.

Finalmente, mencionó que la declaratoria de ineficacia del traslado realizado a Skandia en 1998 era totalmente diferente del contrato de seguro que se celebró entre la AFP y la llamada en garantía, por ende, esos efectos jurídicos no afectaban esta última relación contractual, por lo que absolvería de las pretensiones del llamamiento en garantía.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP SKANDIA S.A.**, interpuso recurso frente a la devolución de los gastos de administración y a la absolución del llamado en garantía. Respecto del primer asunto indicó que estos descuentos se habían realizado periódicamente en cumplimiento del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por lo que estos ya no se encontraban en poder de Skandia, porque lo que correspondía a los seguros previsionales, las primas fueron trasladadas a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

Expuso, que conforme el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008, cuando se da un traslado del RAIS al RPM, como es este caso, lo que se debe trasladar es el capital obrante en la cuenta de ahorro individual del afiliado y el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, pero no los gastos de administración, luego solicita se revoque esta condena. Que en caso de mantenerse la condena, se aplique la figura de la prescripción a dichas sumas de dinero.

En lo que tiene que ver con el segundo aspecto, afirmó que si bien en el presente asunto no se estaba pidiendo la cobertura de las contingencias de invalidez o muerte, lo cierto era que esa entidad era la que tenía en su poder los dineros correspondientes a las primas del seguro previsional de invalidez y muerte, por ende,

era quien debe devolverlos, pues estaba acreditada la relación legal conforme la Ley 100 de 1993 y la contractual entre la AFP y la aseguradora, entonces al declararse ineficaz el contrato primigenio que es el de la afiliación, dicho efecto también cobijan los contratos secundarios que nacieron como consecuencia del primero.

COLPENSIONES sustentó su recurso de apelación en que el demandante estaba inmerso en la prohibición de traslado conforme el artículo 2 de la Ley 797 de 2003; que este no había demostrado vicios en el consentimiento a la hora de suscribir el contrato de afiliación con Pensionar hoy Skandia; y que desde 1998 hasta la fecha tuvo la certeza de pertenecer al RAIS acogéndose a todo lo que ello implicaba.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por skandia 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 el demandante a través de la AFP Pensionar hoy Skandia, 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 el señor HÉCTOR ORLANDO BOGOYA AGUILAR se afilió al ISS donde aportó desde el 30 de julio de 1987, al 28 de febrero de 1998, un total de 319,29 semanas (carpeta CC-79445452 HL exp. digital); y *ii)* que el **13 de febrero de 1998**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Pensionar hoy Skandia S.A., donde ha venido cotizando hasta la fecha (f.º 28 y 65 archivo 12 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 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 febrero 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 Pensionar hoy Skandia 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 Pensionar suscrito el 13 de febrero de 1998, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un

afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

De otro lado, no podría sostenerse que el hecho de haber permanecido en el RAIS desde 1998 hasta la fecha, era 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 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.

Se aclara que el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008 no es aplicable a este asunto, porque lo que se está declarando es la ineficacia del traslado de régimen realizado el febrero de 1998, y no un traslado ordinario de régimen.

Por lo tanto, se hace necesario Modificar y Adicionar el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de CONDENAR a la AFP SKANDIA S.A. a trasladar 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 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.

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

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 Skandia 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 NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR a SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** 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 abril de 1998, 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.

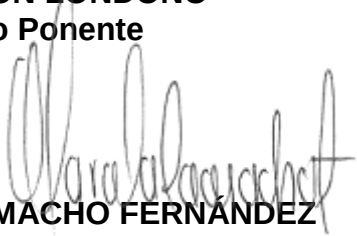
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas Colpensiones y AFP Skandia S.A.

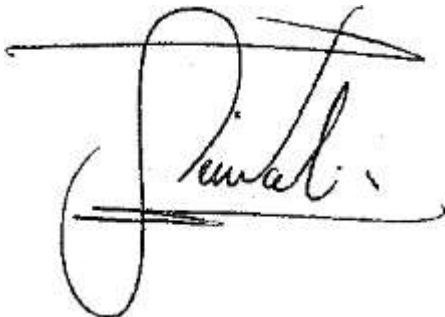
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



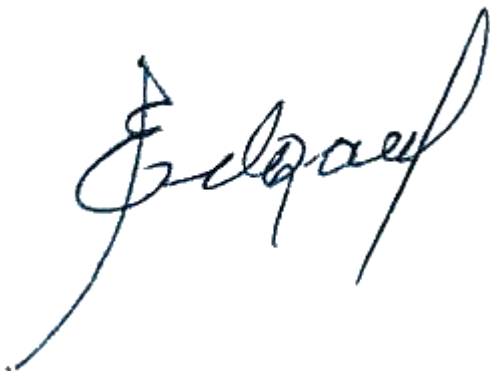
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y AFP SKANDIA 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 PATRICIA MARTÍNEZ TAMAYO
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, Y LA
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS
PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre 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 **PATRICIA MARTÍNEZ TAMAYO** 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, por omisión al deber de información. En consecuencia, se **condene** a la AFP Porvenir a trasladar a Colpensiones la totalidad de los saldos de su cuenta de ahorro individual junto con el bono pensional, intereses y rendimientos sin descontar sumas alguna por concepto de cuotas de administración; que se **ordene** a Colpensiones tenerla como afiliada al RPM sin solución de continuidad, a corregir y actualizar la historia laboral; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita y al pago de las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 1 exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 30 de julio de 1961, que el 3 de mayo de 1993, inició su vida laboral, eligiendo pertenecer al ISS, donde cotizó 313 semanas; que mediante

la suscripción de formulario de afiliación con la AFP Colfondos el 13 de septiembre de 1999, se trasladó del RPM al RAIS; que Colfondos le realizó una asesoría deficiente, ya que no le informaron las ventajas y desventajas tanto del RPM como del RAIS, ni las consecuencias que tal acto conllevaría a su derecho pensional, que no le entregaron proyecciones pensionales, ni simulación pensional ni le establecieron escenarios comparativos donde se evidencia un posible valor de la mesada en ambos regímenes; tampoco le explicaron que el valor de la pensión de vejez en el RPM dependía del tiempo acumulado en semanas de cotización, edad y salario base de cotización, mientras que en el RAIS lo era del ahorro acumulado; que el asesor le dijo que podía pensionarse a cualquier edad pero sin informarle las condiciones que debía cumplir para ello; y que no le indicaron que de su aporte se harían descuentos.

Narró, que el 26 de abril del 2000, se trasladó a la AFP Horizonte hoy Porvenir, compañía que igualmente omitió darle información sobre el RAIS en comparación con el RPM de manera completa, clara cierta, comprensible y oportuna. Agregó que contaba con 1.278 semanas; que solicitó ante Porvenir una simulación pensional y que esta le informó el 18 de mayo de 2018, que tendría derecho al reconocimiento de una garantía de pensión mínima, en consideración a que no tenía el capital requerido para financiar su propia prestación, pese a que su IBC era de \$4.767.500; que agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 2 exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, que estuvo vinculada al ISS, las semanas allí aportadas; que agotó la reclamación administrativa; frente a los demás, indicó 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.

La **AFP COLFONDOS S.A.** contestó (f.º 2-15 archivo 8 exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, indicó a unos que no le constaban por corresponder a un tercero, o que no eran ciertos. Aclaró, que brindó al actor una asesoría de manera integral y completa, y luego de examinar los

beneficios y desventajas de los diferentes regímenes pensionales o administradoras de pensiones, optó por trasladarse de manera, informada, libre y espontánea y sin presión alguna, como quedó consignado en la solicitud de vinculación; que para la fecha del traslado de la actora no era obligación de los fondos conservar por escrito la asesoría brindada, no obstante sus asesores estaban capacitados para presentar a los potenciales afiliados las características de ambos regímenes, y entregar información objetiva al demandante sobre el RAIS y su comparación con el RPM.

Propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación, pago y la innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (f.º 1-27 archivo 03 exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, solo aceptó el traslado a esa AFP mediante formulario de vinculación suscrito el 26 de abril del 2000; frente a los demás, indicó a unos que no le constaban por corresponder a un tercero, o que no eran ciertos. Aclaró, que se atenía al formulario de afiliación, en el cual se evidenciaba su libre escogencia al RAIS, después de haber recibido información, clara, precisa, veraz y suficiente, acerca de las condiciones, características y funcionamiento del mismo de conformidad con las disposiciones contenidas en la ley 100 de 1993; que en todo caso por tratarse de un sistema público y obligatorio, las condiciones de afiliación, traslado, cotización y reconocimiento de prestaciones tanto en el RPM como en el RAIS se encontraban definidas y establecidas en su totalidad por la ley, sin que le esté dado a las partes pactar condiciones diferentes.

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

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 3 de diciembre de 2021 (archivo 12-13 exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y con esto a la afiliación realizada a PATRICIA MARTÍNEZ TAMAYO el 13 DE SEPTIEMBRE DE 1999, con efectos a partir del 1 DE NOVIEMBRE DE 1999 por parte de COLFONDOS S.A.

SEGUNDO: DECLARAR que PATRICIA MARTÍNEZ TAMAYO actualmente se encuentra afiliado (a) de manera efectiva al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR, realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de señora PATRICIA MARTÍNEZ TAMAYO a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos, cuotas de administración y bonos pensionales.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación de la señora PATRICIA MARTÍNEZ TAMAYO, al RPMPD e integrar en su totalidad la historia laboral de la demandante.

QUINTO: CONDENAR a COLFONDOS y PORVENIR a trasladar los dineros recibidos por cuotas de administración al RPMPD administrado por COLPENSIONES, de manera proporcional al tiempo en que la demandante estuvo afiliada en cada una de ellas.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS, las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y demás presentadas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

Séptimo: COSTAS de esta instancia a cargo de las demandadas COLFONDOS y PORVENIR. Se fijan como Agencias en Derecho la suma de (2) SMLMV, para cada una.

El *a quo* indicó, que no era objeto de discusión que la demandante cotizó al Instituto de los Seguros Sociales a partir del 3 de mayo de 1993, y hasta el 31 de agosto de 1999; que el 13 de septiembre de 1999, se trasladó al RAIS a través de la AFP Colfondos; que el 26 de abril del 2000, realizó un traslado horizontal a la AFP Porvenir.

En tal perspectiva, señaló 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 administrado por Colpensiones S.A. era ineficaz, ante la falta al deber de información al momento del traslado.

Afirmó, que la normatividad aplicable para la fecha del traslado de régimen pensional eran los artículos 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, y los artículos 10 y 12 de la Ley 720 de 1994. En este sentido, expresó que los fondos privados de pensiones desde su creación tenían a su cargo el deber de dar información acerca de las características del sistema, las condiciones de acceso a las prestaciones, los efectos y riesgos de ambos regímenes pensionales, esto como una medida de protección que le permitiera al usuario tomar una decisión informada y consiente sobre su futuro pensional.

Señaló, que conforme la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral sobre ineficacia del traslado cuando se pretende la nulidad o ineficacia del traslado por omisión al deber de información, siempre se debe verificar la asesoría dada al afiliado, fijando, primero; 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; segundo, que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones allí consignadas no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, que acreditaban un consentimiento, pero no informado; tercero, que las AFP tiene la carga de demostrar cual fue la información entregada al potencial afiliado; y cuarto, que para que proceda la ineficacia no es necesario contar con una expectativa pensional o derecho causado.

Sostuvo, que al verificar los formularios de afiliación de ellos no se desprendía que a la actora se le hubiese informado acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado. Advirtió que las demandadas - Colpensiones, Porvenir y Colfondos- referían que era imposible probar que para esa data se cumplió ese deber porque la asesoría fue verbal, lo cual no era cierto, porque lo que se evidenciaba era una omisión en ese sentido, porque en el interrogatorio de parte rendido por la demandante esta informó que no recordaba nada respecto del traslado de régimen pensional a Colfondos, que lo que si tenía presente era su vinculación a la AFP Horizonte, la cual se realizó en una EPS donde ella prestaba sus servicios, que allí le indicaron que podía obtener una pensión más alta a una menor edad, y que el ISS presentaba inestabilidad o riesgo, luego no había confesión frente a que se hubiese ilustrado a esta en los términos mínimos planteados, pues era evidente que la señora Martínez no conocía al momento de la afiliación ni a hoy, las características de cada uno de los regímenes pensionales.

Concluyó, que en este proceso no había pruebas de que Colfondos hubiese cumplido con el deber de información; que el hecho de haberse trasladado de una AFP a otra no convalida la omisión en que se había incurrido al momento del cambio de régimen; por tanto, declarar la ineficacia del traslado realizado el 13 de septiembre de 1999, con todas las consecuencias jurídicas.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación argumentando que en la fijación del litigio se había establecido que se verificarían vicios en el consentimiento

en la afiliación a Colfondos, luego no era lógico que el *a quo* hiciera imposiciones a Porvenir a efectos de acreditar el deber de información, pues el primer traslado fue a Colfondos y lo correcto era verificar el deber de información respecto de este, ya que no se le podía pedir a Porvenir que asumiera su defensa y la de Colfondos, a efectos de probar si esa compañía cumplió o no con su deber.

Expuso, que en el interrogatorio de parte rendido por la actora ella indicó que no recordaba la asesoría dada por Colfondos, y refirió la entregada por Horizonte hoy Porvenir, la cual no demuestra el cumplimiento del deber de información, pero que él considera que bajo el principio de la libertad probatoria en el formulario de afiliación si está acreditada esa información, porque ese negocio jurídico se perfeccionaba con la firma del mismo, máxime que no existía norma que exigiera que la asesoría dada en el momento previo tuviese que quedar guardada en algún registro, y lo único que se exigía como prueba de ello era el formulario.

Señaló, frente a los gastos de administración que estos son susceptibles del fenómeno de la prescripción porque no hacen parte del capital que financia la pensión, sino que tienen naturaleza mercantil.

COLPENSIONES solicitó que se revoque la decisión de primera instancia, argumentando que la línea jurisprudencial no podía aplicarse de manera indiscriminada, sino que debían mirarse aspectos puntuales, como sería por ejemplo, si la falta de información generó un efecto cierto y adverso como lo es perder el régimen de transición pensional, ya que las personas que se encuentran cobijadas por la prohibición legal de trasladarse y al ver su mesada pensional encuentran en esta acción un beneficio indebido para regresar al RPM.

Añadió, que una persona que no ha aportado al RPM por más de 20 años no puede pretender beneficiarse de los otros afiliados que si han estado en este, pues ello afectaría la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Agregó que la demandante al trasladarse a Colfondos eligió pertenecer al RAIS, y con su posterior traslado entre AFP ratificó su voluntad de continuar en ese régimen, pues tuvo la oportunidad de retornar al RPM y no lo hizo, luego no le interesaba.

Expuso, que la afiliada contaba con 4 años a partir del traslado al RAIS para petitionar la rescisión de ese contrato según el artículo 1750 del CC, lo cual no se hizo, por ende, debía tenerse como una ratificación tácita del acto, con lo que quedaba saneada cualquier nulidad que hubiese podido existir, por lo que debía someterse a

las condiciones del sistema que voluntariamente eligió y en el que ha permanecido por largo espacio de tiempo. Sumado a que realizó varios traslados entre el RAIS lo que es propio de la teoría de los actos de relacionamiento, pues prefirió quedarse en ese en vez de retornar al RPM, para sustentar ese asunto citó la sentencia CSJ SL1061-2021.

La **AFP COLFONDOS S.A.**, no interpuso recurso.

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 en favor de esta última entidad en lo no recurrido, 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 la actora en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora PATRICIA MARTÍNEZ TAMAYO se afilió al ISS donde aportó desde el 3 de mayo de 1993, al 31 de agosto de 1999, un total de 319,29 semanas (f.º 35-40 archivo 2 exp. digital); *ii)* que el **13 de septiembre de 1999**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Colfondos S.A., el cual se hizo efectivo a partir del 1º de noviembre de igual año (f.º 18 archivo 8 exp. digital); y *iii)* que realizó un traslado horizontal a la AFP Horizonte hoy Porvenir el 26 de abril del 2000, donde ha venido cotizando hasta la fecha (f.º 64-65 y 114 archivo 3 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 el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**13 de septiembre de 1999**-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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 **13 de septiembre 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.

Sin embargo, 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 Horizonte hoy 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.

Ahora, la teoría de la afiliación tácita o de los actos de relacionamiento que implican ratificación del afiliado de permanecer en el RAIS que refiere Colpensiones, 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, que tiene 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:

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, advierte la Sala que verificada la fijación del litigio se evidencia que esta se encaminó a determinar si había existido un vicio en el consentimiento de la afiliada en el traslado efectuado el 13 de septiembre de 1999 a Colfondos y si como consecuencia de ello había lugar a declarar la nulidad o ineficacia de este, para lo que comprobaría el tipo de información que se brindó a la señora Martínez a esa data, lo cual, si bien era equivocado verificar los vicios en el consentimiento, lo cierto es que si era acertado estudiar la ineficacia del traslado con sujeción al deber de información, luego ese lapsus cálamí no afecta la decisión del *a quo* como quiera que finalmente verificó lo esencial en estos procesos.

Ahora, en cuanto que Porvenir no tenía porque asumir la carga de probar si cumplió a cabalidad el deber de información en el traslado realizado el 26 de abril del 2000 a esa AFP, se le recuerda que esa obligación debe cumplirse absolutamente siempre porque cada vez que adquiere un afiliado su consentimiento tiene que ser

informado, so pena de declararse ineficaz ante el incumplimiento del deber de información.

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, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, 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 el numeral quinto de la sentencia de primer grado, en el sentido de **CONDENAR** a la AFP Colfondos S.A. y AFP Porvenir a trasladar a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a cada una de esas administradoras, 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 AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, como quiera que sus recursos de alzada no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR EL NUMERAL QUINTO de la sentencia proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.,** a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a cada una de esas administradoras. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada

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

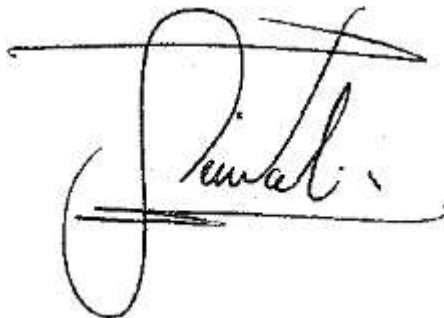
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

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 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 JESÚS NORBERTO VEGA LAITON 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 catorce (14) días del mes de diciembre 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 **JESÚS NORBERTO VEGA LAITON** se **declare** la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), realizada inicialmente el 5 de marzo de 1997 a la AFP Protección, y los traslados efectuados entre AFP posteriores a esa data. En consecuencia, se **condene** a la AFP Porvenir a trasladar a Colpensiones la totalidad de lo por él ahorrado en la cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, todos los rendimientos y demás valores causados con motivo de su afiliación, de conformidad con el artículo 1746 del CC, sin descuento alguno; que se **ordene** a Colpensiones recibirlo sin dilación alguna en el RPM junto con todos sus ahorros, se actualice su historia laboral y se reconozca y pague sin solución de continuidad su pensión de vejez; que se ordene a Porvenir pagar la diferencia que se presente entre las mesadas pagadas y la liquidada por Colpensiones; que se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho y de lo que resulte probado ultra y extra petita.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 1 carpeta 01 exp. digital), señaló en síntesis, que realizó aportes al ISS entre el 18 de enero de 1980, y el 30 de abril de 1997; que mediante formulario suscrito el 5 de marzo de 1997, se trasladó al RAIS administrado por Protección, porque la asesora de este fondo le indicó que se podría pensionar a la edad que quisiera; que el monto de la mesada sería más alto que el que le correspondería en el RPM, y además le aseguró que el ISS sería liquidado, por lo que sus afiliados debían trasladarse a un fondo privado, pues de lo contrario no se pensionaría y perdería las semanas allí cotizadas.

Agregó, que esa asesora de Protección, nunca le informó: i) cuales eran las condiciones específicas que debía cumplir para disfrutar de una pensión en dicha entidad; ii) que una de las condiciones para poderse pensionar a la edad que quisiera era que reuniera en su cuenta el capital necesario para financiar una pensión superior al 110% del SMMLV para ella y sus beneficiarios; iii) que para acceder a la pensión anticipada por vejez, debía tener en cuenta la rentabilidad de los fondos de pensiones, así como los factores externos e inciertos tales como el comportamiento general de la economía; iv) las diferentes alternativas de pensión que ese fondo ofrecía, y los requisitos necesarios para cada una de ellas; v) las condiciones específicas de su situación pensional de forma veraz, resaltando no solo lo favorable, sino también las desventajas que entrañaría ese cambio de régimen; vi) que al trasladarse a ese fondo su mesada pensional podría ser inferior a la que otorgaría el RPM, efectuando las mismas cotizaciones; vii) sobre una proyección pensional de su mesada en el RAIS en comparación con la del RPM; viii) que la pensión anticipada de vejez dependería en gran medida de que efectuara aportes voluntarios o que reportaran ingresos altos, pues esa opción era poco viable en trabajadores con salarios inferiores; ix) que la única forma de obtener una mesada más alta a la del RPM era haciendo aportes voluntarios; x) que su mesada dependía del capital que lograra acumular en su cuenta de ahorro individual, de la rentabilidad del fondo, el comportamiento del mercado, su edad al momento de la solicitud de la prestación y la del grupo familiar, así como de la expectativa de vida de todos; xi) sobre las diferencias en la distribución de aportes a pensión existente entre los dos regímenes pensionales; y xii) de manera completa, veraz y suficiente las implicaciones de su traslado al RAIS.

Narró, que el 24 de julio de 2001, se afilió a la AFP Porvenir donde tampoco le dieron la información descrita en el párrafo anterior; que posteriormente el 30 de enero de 2007, regresó a la AFP Protección, pero igualmente sin información; que luego

retornó a la AFP Porvenir mediante formulario suscrito el 26 de septiembre de 2007, afiliación que permanece hasta hoy.

Expuso, que su traslado al RAIS al igual que su permanencia, NO fue producto del suministro de información cierta, completa, veraz e imparcial por parte de dichas AFPs, sino que fue impulsado por las omisiones en la información que le debía ser puesta en consideración al momento previo al traslado de régimen y de fondo; que presentó reclamación administrativa ante Colpensiones el 23 de febrero de 2019, la que fue contestada el 26 de esa misma calenda.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 100-134 archivo 1 carpeta 1 exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, señaló que no le constaba ninguno. Propuso como excepciones de fondo, 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, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni de indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, compensación, e innominada o genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó (f.º 182-228 archivo 1 carpeta 1 exp digital) oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó el traslado del actor al RAIS a través de la afiliación a esa AFP el 5 de marzo de 1997; que se trasladó a otra AFP pero que retornó mediante formulario firmado el 30 de enero de 2007; 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 de la afiliación al demandante se le explicaron de manera verbal todas y cada una de las características del RAIS, entre ellas el capital necesario para pensionarse por vejez, las condiciones para pensión, la forma de financiación, que podía hacer aportes voluntarios, las diferentes modalidades pensionales y en que consistían, que porcentaje era su aporte y como se distribuía. Además, que se le asesoró sobre: i) cuenta de ahorro individual vs fondo común; ii) capital acumulado vs requisitos de edad y semanas de cotización; iii) garantía de pensión mínima; y iv) devolución de saldos vs indemnización sustitutiva.

Propuso como 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, inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración 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.

La **AFP PORVENIR S.A.**, contestó (f.º 302-331 archivo 1 carpeta 1 exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el actor se vinculó a ellos mediante formulario de afiliación suscrito el 24 de julio de 2001, con efectividad desde el 1º de septiembre de ese mismo año y hasta el 28 de febrero de 2007; que nuevamente suscribió afiliación el 26 de septiembre de 2007, con efectividad desde el 1º de noviembre de igual año y hasta la fecha. 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 entre AFPs se brindó la información suficiente para generar en el demandante una decisión libre y voluntaria a fin de elegir la opción que mejor se ajustaba a sus intereses, explicándole las características, ventajas y desventajas del RAIS en comparación con las condiciones propias del RPM.

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 Seis Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 31 de enero de 2022 (carpeta 01 exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por el señor JESÚS NORBETO VEGA LAITON, del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, que se hizo efectivo el 5 de marzo de 1997, a través de la AFP Protección S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP Porvenir S.A pensiones y cesantías, fondo en el que actualmente se encuentra afiliado, a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-, los valores de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, incluidos el costo de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser indexadas.

TERCERO: ORDENAR a AFP Protección S.A pensiones y cesantías, a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-, los valores descontados por concepto de gastos de administración y comisiones, incluidos el costo de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser indexadas.

CUARTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes a la historia laboral del señor JESÚS NORBETO VEGA LAITON.

QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor JESÚS NORBETO VEGA LAITON la pensión de vejez, de acuerdo con la Ley 797 de 2003, una vez se desafilie del sistema, procediendo a liquidar su pensión acorde los parámetros que establecen los artículos 34 y 21 de la ley 100 de 1993.

SEXTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

SÉPTIMO: CONDENAR en COSTAS a Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones. Líquidense como agencias en derecho con la suma de un (1) SMLMV a cada una de ellas.

OCTAVO: 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 el demandante se trasladó al RAIS el 5 de marzo de 1997, a través de la AFP Protección; que posteriormente realizó traslados entre el mismo régimen así, el 24 de julio de 2001, a Porvenir, que el 30 de enero de 2007, regresó a Protección, y el 26 de septiembre de 2007 retornó a Porvenir nuevamente 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, y a partir de allí se desarrolló el deber de información conforme el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, y las normas que surgieron con posterioridad.

Expuso, que sobre el punto de discusión existía una jurisprudencia clara y sólida por parte de la Corte Suprema de Justicia en la cual inicialmente se había analizado la viabilidad de declarar la nulidad del traslado cuando las AFP faltaran a ese deber de información, citó entre otras las sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL12136-2014, y CSJ SL447-2017, extrayendo de la primera que las AFP tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad. Indicó que la jurisprudencia se rectificó para señalar que la omisión al deber de información lo que acarrearía era la ineficacia del traslado y no la nulidad (sentencia CSJ SL 1452-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ SL 373-2020, CSJ SL 373-2021, CSJ SL1217-2021 y CSJ SL 782-2021).

Explicó, que la amplia línea jurisprudencial ha fijado unas reglas, las cuales son: i) no es necesario demostrar un perjuicio o menoscabo económico; ii) la sola firma del formulario de afiliación aprobado por la Superfinanciera no exime ni es indicativo de que el afiliado recibió la información suficiente, pues tal formalismo no excusa a las AFP de cumplir con sus deberes; iii) no es posible aplicar las reglas de la nulidad, es decir, exigir al afiliado que demuestre los vicios del consentimiento, porque la consecuencia jurídica de la afiliación sin el consentimiento informado es la ineficacia o exclusión de todos los efectos jurídicos del traslado; y iv) las AFP tiene la carga de probar que suministraron información suficiente clara y veraz a sus afiliados al momento de la vinculación.

Indicó, que para la data en que se hizo el traslado de régimen pensional, ya existía ese deber legal de suministrar al actor información necesaria para que existiera transparencia en la decisión, pues debía brindar al demandante los elementos de juicio claros y objetivos, no obstante, Protección no había probado que ello había sido así al momento de realizarse el cambio de régimen en marzo de 1997; que si bien el señor Vega se había trasladado entre AFPs, ello no convalidaba el vicio inicial por incumplimiento del deber de información (sentencia CSJ SL5280-2021), por ende, al no haberse demostrado el cumplimiento del citado deber declarararía la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Respecto de la pensión de vejez, consideró que conforme el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, los requisitos para acceder a la pensión de vejez eran 62 años de edad para los hombres y 1.300 semanas. Explicó que el actor al haber nacido el 8 de julio de 1957, llegó a los 62 años en esa misma calenda del año 2019, por lo que cumplía con el primer requisito, frente al segundo de ellos, encontró que conforme el reporte de semanas de Porvenir que este contaba con 1.646 semanas, siendo el último periodo de cotización noviembre de 2019, por lo que también cumplía la cantidad de semanas requeridas, concluyendo que tenía derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez; no obstante, sostuvo que para su liquidación era necesario tener en cuenta hasta la última semana cotizada, por lo que debía acreditarse la novedad de retiro, la que no estaba demostrada en el expediente, por lo que ordenaría que Colpensiones que una vez el señor Vega reporte dicha novedad proceda a reconocer la prestación liquidándola conforme los parámetros establecidos en los artículos 34 y 21 de la Ley 100 de 1993.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación solicitando se aplique lo dispuesto en la sentencia CSJ SL 373-2021, respecto de la ineficacia del traslado cuando se trata de pensionado, pues si bien el demandante no tenía esa calidad, de

las pruebas obrantes en el expediente se evidenciaba que ya había superado la fecha de redención y pago del bono pensional, por ende, no sería viable retrotraer el acto administrativo por medio del cual se surtió esa operación.

Indicó, que la responsabilidad de las AFP en el incumplimiento del deber de información no debe afectar a Colpensiones; que para la época en que el actor se trasladó al RAIS año 1997, era imposible prever cuales serían sus cotizaciones en el futuro, esto es, continuas o interrumpidas, o sobre el mismo IBC uno más bajo o más alto, o si tendría hijos, condiciones todas estas que influyen en la liquidación de la mesada pensional en el RAIS, por ende, reitera que la firma del formulario de afiliación o traslado al RAIS es totalmente válido y no hay lugar a declarar la ineficacia, porque esta fue libre y sin presiones.

Solicitó el estudio de este caso en concreto teniendo en cuenta que el actor no tenía una expectativa legítima en el RPM al momento de su traslado, además que ha realizado diferentes traslados entre fondos privados lo que permitía inferir que su voluntad era pertenecer a ese régimen; que con independencia de que para 1997, no se le hubiese entregado una asesoría completa sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, esa falencia se saneó con el paso del tiempo, porque entre esa data y la fecha en que estuvo inmerso en la prohibición legal consagrada en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, no se preocupó por su futuro pensional, teniendo tiempo de sobra para hacerlo.

Expuso, que si las AFP debían cumplir sus obligaciones consagradas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, los afiliados también deben hacerlo en el sentido de informarse y leer lo que suscriben, lo que no cumplió el actor.

Señaló, que aun cuando las AFP regresen al RPM todos los aportes del actor, el principio de la sostenibilidad financiera se vería afectado una vez Colpensiones tenga que reconocerle la pensión de vejez, luego era viable aplicar la prohibición legal consagrada en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, en aras de garantizar este principio.

Finalmente, recurre la condena en costas por considerar que ella no fue vencida en juicio, en tanto la pretensión de ineficacia del traslado de régimen estaba dirigida solo a las AFP, y ella fue vinculada únicamente como la entidad que debe recibir al actor.

La **AFP PORVENIR S.A.** sustentó su recurso de apelación en que en este caso no existían razones ni fácticas ni jurídicas para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, porque las AFP demandadas, en especial ella cumplió con el deber de información que se exigía para a la época de la afiliación; que en todo caso con los traslados horizontales realizados por el demandante, este tuvo todas las oportunidades suficientes para solicitar la información que requería, hacer preguntas y realizar un comparativo entre lo que le ofrecieron los distintos fondos, por lo que no era procedente la ineficacia, porque él había obrado con negligencia.

Advirtió, que Porvenir ha brindado la información necesaria a través de los distintos canales de comunicación para ilustrar a sus afiliados sobre los cambios normativos. Afirmó que la liquidación del ISS era una circunstancia de público conocimiento a la cual los medios de comunicación de la época hacían referencia, pero que de ello no se puede concluir que al afiliado no se le brindó la información completa.

Solicitó, que en caso de dejarse en firme esta decisión, se revoque la condena a trasladar a Colpensiones los gastos de administración y comisiones, incluidos el costo de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, porque estos se descontaron por mandato legal conforme el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, y en la actualidad esas sumas ya cumplieron con su cometido, por lo que ya no reposaban en el patrimonio de esa AFP, por lo que no pueden retornarse.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** interpuso su recurso de apelación únicamente frente a la condena de devolver los gastos de administración y comisiones, incluidos el costo de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, argumentando que esos descuentos se hicieron en virtud del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por lo que se trataba de conceptos ya causados.

Sostuvo, que en caso de tener que devolver esos rubros, entonces Porvenir estaría en la obligación de devolver los rendimientos financieros generados por esa AFP en favor del demandante, porque estos fueron producto de la administración que se realizó con dicha comisión, luego si no tiene derecho a conservar la comisión, tampoco habría lugar a esos rendimientos. Agregó, que si la consecuencia de la ineficacia era volver las cosas al estado anterior, en estricto sentido se debía entender que el contrato de afiliación a esa AFP no había existido, que nunca había administrado

sus recursos y, por ende, no se podía cobrar esa comisión, luego los rendimientos tampoco se causaron.

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 del 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.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver los recursos de apelación presentados por Porvenir S.A., 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 el demandante a través de la AFP Protección 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 es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor JESÚS NORBERTO VEGA LAITON se afilió al ISS donde aportó desde el 18 de enero de 1980, al 28 de febrero de 1997, un total de 507,57 semanas (archivo 2 carpeta 1 exp. digital); **ii)** que el **5 de marzo de 1997**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Protección S.A. (f.º 59 y 240 exp. archivo 1 carpeta 1 exp. digital), el cual se hizo efectivo a partir del 1º de mayo de 1997; **iii)** que realizó traslados horizontales entre el RAIS, así: **a)** El 24 de julio de 2001 a la AFP Porvenir, el cual se hizo efectivo a partir del 1º de septiembre de igual año (f.º 60 y 336 archivo 1 carpeta 1 exp. Digital); **b)** El 30 de enero de 2007 a la AFP Protección, el cual se hizo efectivo a partir del 1º de marzo de igual año (f.º 61 y 336 archivo 1 carpeta 1 exp. Digital); y **c)** El 26 de septiembre de 2007 a la AFP Porvenir, el cual se hizo efectivo a partir del 1º de noviembre de igual año (f.º

62 y 336 archivo 1 carpeta 1 exp. Digital), donde ha venido cotizando hasta la fecha; y *iv*) que según la historia válida para bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (f.º 383- 393 archivo 1 carpeta 1 exp. Digital) Porvenir el 9 de diciembre de 2019, solicitó la redención del bono pensional del actor, allí se lee que la fecha de redención normal era el 8 de julio de 2019, que el tiempo total trabajado fue 504 semanas, y que el trámite esta pendiente de respuesta.

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 –**5 de marzo 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 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 5 de marzo 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 el actor pasó de Protección a Porvenir, luego de Porvenir a Protección, y finalmente de Protección a Porvenir, o porque le realizaron una reasesoría, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Sala que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en

eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado 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).*

Con respecto a la petición de Colpensiones de que se dé aplicación de la Sentencia CSJ SL373-2021, advierte esta Colegiatura que ello no es posible, porque el criterio allí fijado fue que, pese a demostrarse que la AFP que promovió el traslado de régimen pensional del RPM al RAIS no hubiese cumplido con el deber de información, cuando se tiene la calidad de pensionado, eso es una situación consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico que no permite volver las cosas al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el acto de traslado, es decir, que no se puede revertir o retrotraer. En el presente asunto el señor Vega Laiton ostenta la calidad de afiliado y no de pensionado, por ende, aun no tiene una situación jurídica consolidada que impida retrotraer las cosas al estado en que se encontraban al momento del traslado, como sí sucede en los casos de quien tiene el estatus de pensionado.

Y aun en caso de que el bono pensional del actor estuviese redimido, asunto que no está acreditado en este proceso, ese dinero entraría a ser parte integral del capital destinado a financiar la pensión, por lo que ante la declaratoria de ineficacia del traslado del RPM al RAIS lo correcto sería trasladar todos los conceptos que integran el capital a Colpensiones, siendo esta última entidad la que debe realizar las gestiones necesarias con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público Oficina de Bonos Pensionales con el objetivo de verificar las fuentes de financiación de las prestaciones económicas del actor, tomando en cuenta el valor del bono pensional redimido y si es del caso, Colpensiones deberá devolver al Ministerio lo que concierna, esto conforme lo señalado en la sentencia CSJ SL1309-2021.

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 adocinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

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

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

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha 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, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras).

En consecuencia, se confirmará la decisión del *a quo* frente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen realizado el 5 de marzo de 1997, al RAIS a través de la AFP Protección, con todas las consecuencias jurídicas impuestas en primera instancia.

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.

PENSIÓN DE VEJEZ

Pretende el demandante se reconozca su pensión de vejez, para lo que es necesario verificar lo señalado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9º de la Ley 797 de 2003, siendo pertinente citar está 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 JESÚS NORBERTO VEGA LAITON, nació el 8 de julio de 1957 (f.º 58 archivo 1 carpeta 1 exp. Digital), concluyendo que llegó a los 62 años de edad esa misma calenda del año 2019, data ultima para la cual debía acreditar 1.300 semanas para acceder a su derecho pensional, encontrando la Sala que conforme la historia laboral consolidada expedida por la AFP Porvenir el 17 de diciembre de 2019, a esa data contaba con 1.646 semanas, siendo su último aporte para el periodo 11/2019. Por tanto, es claro que el promotor del litigio tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión de vejez conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003, por lo que así se declarará.

Ahora, es pertinente señalar que para entrar a disfrutar de la pensión aquí reconocida es necesario la desafiliación del sistema, conforme lo exige el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990; no obstante, en este asunto no se acreditó la novedad de retiro o desafiliación del sistema, resultando acertada la decisión del juez de instancia al señalar que el disfrute efectivo de la prestación se haría a partir de la fecha en que dicho requisito se acreditara.

Se aclara, que para su liquidación se deberá tener en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada para el riesgo de vejez, en el porcentaje que le corresponda conforme al artículo 34 de la Ley 100 de 1993 y teniendo un salario base

de liquidación de toda la vida laboral o de los diez últimos años de cotización, lo que le sea más favorable, la cual se debe pagar junto con los reajustes de orden legal que sobre las mismas se deban hacer año a año, y para efectos del reconocimiento ordenado, Colpensiones deberá tener en cuenta que el actor causó su pensión con posterioridad al Acto legislativo 01 de 2005, por lo que tendrá derecho a 13 mesadas pensionales al año.

Así, se confirmará la decisión de primera instancia en este asunto también.

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 la parte vencida en el proceso, luego al resultar dicha entidad vencida en juicio, además de haber presentado oposición a las pretensiones de la demanda, es natural que sea condenada en costas.

COSTAS

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

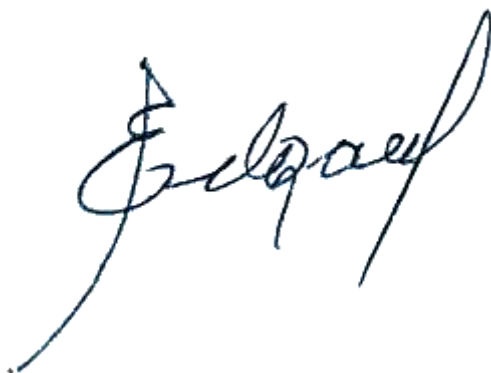
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

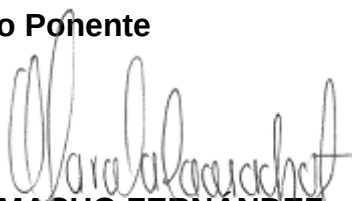
PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas AFP Porvenir S.A., AFP Protección S.A., y Colpensiones.

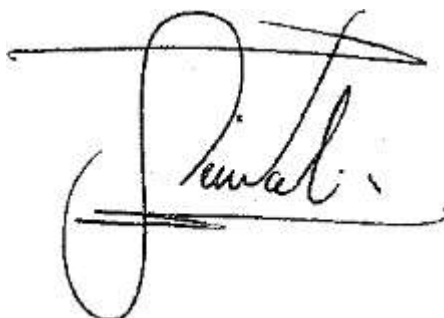
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



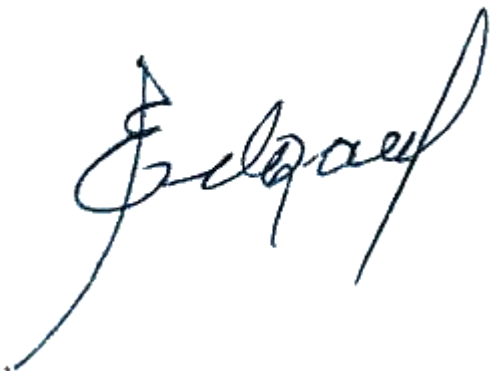
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de las demandadas AFP Porvenir S.A., AFP Protección S.A., y Colpensiones, 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 SERGIO HERRERA CORTÉS
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.**

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre 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 **SERGIO HERRERA CORTÉS** 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 S.A., por omitir el deber de información: En consecuencia, se le **condene** a trasladar a Colpensiones todos los aportes realizados, más los rendimientos financieros generados; que se **ordene** a Colpensiones aceptar el traslado y actualizar su historia laboral; que se **condene** a las demandadas a lo que resulta probado ultra y extra petita, y al pago de las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 1 carpeta 01 exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 24 de julio de 1958, que se afilió al ISS como trabajador dependiente; que sin asesoría alguna y en un trámite en masa Colfondos logró que él firmara un formulario de afiliación en el año 1997; que esa AFP nunca le informó sobre las consecuencias que le generaría ese cambio de régimen pensional, ni le explicó las ventajas y desventajas del RAIS y del RPM, ni le presentó proyecciones

económicas en uno y otro régimen, que el asesor de esa AFP le dijo que el ISS se iba a acabar; que bajo engaños y falsas promesas logró viciar su consentimiento; que el cambio de régimen le generó perjuicios en su futuro pensional; que ha tratado de regresar al RPM pero que no ha sido posible.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 2 carpeta 2 exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor; que estuvo vinculado al ISS y que realizó traslado al RAIS mediante afiliación efectuada el 1° de marzo de 1997, a Colfondos; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones de fondo, las de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.

La **AFP COLFONDOS S.A.** contestó (f.° 68 archivo 1 carpeta 1 exp digital) allanándose a las pretensiones de la demanda, por lo que solicitó abstenerse de imponerle condena en costas.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 27 de enero de 2022 (carpeta 09 exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por el señor SERGIO HERRERA CORTÉS, del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, que se hizo efectivo el 1° de marzo de 1997, a través de Colfondos S.A pensiones y cesantías.

SEGUNDO: CONDENAR a Colfondos S.A pensiones y cesantías, a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, que incluya cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por concepto de gastos de administración o cualquier otra.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes a la historia laboral del demandante SERGIO HERRERA CORTÉS.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a COLPENSIONES, Liquídense con la suma de un (1) SMLMV como agencias en derecho.

El Juzgado de primera instancia, **basó su decisión fundamentalmente** en que se encontraba probado que el demandante se trasladó al RAIS el 1° de marzo de 1997, a través de la AFP Colfondos, 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, y a partir de allí se desarrolló el deber de información conforme el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, y las normas que surgieron con posterioridad.

Expuso, que sobre el punto de discusión existía una jurisprudencia clara y sólida por parte de la Corte Suprema de Justicia en la cual inicialmente se había analizado la viabilidad de declarar la nulidad del traslado cuando las AFP faltaran a ese deber de información, citando entre otras, las sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL12136-2014, y CSJ SL447-2017, extrayendo de la primera que las AFP tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad. Indicó que la jurisprudencia se rectificó para señalar que la omisión al deber de información lo que acarreaba era la ineficacia del traslado y no la nulidad (sentencia CSJ SL 1452-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ SL 373-2020, CSJ SL 373-2021, CSJ SL1217-2021 y CSJ SL 782-2021).

Explicó, que la amplia línea jurisprudencial ha fijado unas reglas, las cuales son: i) no es necesario demostrar un perjuicio o menoscabo económico; ii) la sola firma del formulario de afiliación aprobado por la Superfinanciera no exime ni es indicativo de que el afiliado recibió la información suficiente, pues tal formalismo no excusa a las AFP de cumplir con sus deberes; iii) no es posible aplicar las reglas de la nulidad, es decir, exigir al afiliado que demuestre los vicios del consentimiento, porque la consecuencia jurídica de la afiliación sin el consentimiento informado es la ineficacia o exclusión de todos los efectos jurídicos del traslado; y iv) las AFP tiene la carga de probar que suministraron información suficiente clara y veraz a sus afiliados al momento de la vinculación.

Indicó, que para la data en que se hizo el traslado de régimen pensional, ya existía ese deber legal de suministrar al actor información necesaria para que existiera transparencia en la decisión, pues debía brindar al demandante los elementos de juicio

claros y objetivos; no obstante, Colfondos se allanó a la totalidad de las pretensiones y no aportó medios de prueba para acreditar el suministro de la debida información, aceptando entonces que no cumplió con esa obligación. Que de esa manera y acorde con los lineamientos jurisprudenciales declarararía la ineficacia del traslado de régimen pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación solicitando se aplique lo dispuesto en la sentencia CSJ SL373-2021, respecto de la ineficacia del traslado cuando se trata de pensionado, pues si bien el demandante no tenía esa calidad, de las pruebas obrantes en el expediente se evidenciaba que ya había superado la fecha de redención y pago del bono pensional, cumpliendo con los requisitos para acceder a la prestación por vejez en el RAIS, además que allí la Corte Suprema de Justicia indicó que los fondos que han faltado al deber de información debe responder por el daño causado reparando los perjuicios a los que hayan hecho incurrir a los afiliados, y no generar detrimentos a terceros como lo sería Colpensiones a quien se le estaría trasladando la responsabilidad de Colfondos por haber engañado al demandante.

Indicó, que en caso de que el promotor del litigio no hubiese recibido una asesoría adecuada por parte de Colfondos en el año 1997, con respecto a las características de cada régimen pensional, esto se vio saneado con el tiempo porque entre esa data y la fecha en que estuvo inmerso en la prohibición legal consagrada en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, no se preocupó por su futuro pensional, teniendo tiempo de sobra para hacerlo.

Expuso, que si las AFP debían cumplir sus obligaciones consagradas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, los afiliados también deben hacerlo en el sentido de informarse y leer lo que suscriben, lo que no cumplió el actor.

Señaló, que aun cuando las AFP regresen al RPM todos los aportes del actor, el principio de la sostenibilidad financiera se vería afectado una vez Colpensiones tenga que reconocerle la pensión de vejez, luego era viable aplicar la prohibición legal consagrada en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, en aras de garantizar este principio.

Finalmente, recurre la condena en costas por considerar que ella no fue vencida en juicio, en tanto la pretensión de ineficacia del traslado de régimen estaba dirigida solo a las AFP, y ella fue vinculada únicamente como la entidad que debe recibir al actor.

La **AFP COLFONDOS S.A.** no interpuso recurso.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por 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 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 la actora en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor SERGIO HERRERA CORTÉS se afilió al ISS donde aportó desde el 28 de abril de 1977, al 31 de mayo de 1995, un total de 303,71 semanas (archivo 3 carpeta 2 exp. digital); y *ii)* que el **1º de marzo de 1997**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Colfondos S.A., donde ha venido cotizando hasta la fecha. Este último hecho se dio por probado por el *a quo*, sin que las partes se opusieran a ello.

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 marzo 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).

Ahora bien, en el expediente no obra prueba alguna que muestre que Colfondos para marzo de 1997 hubiese 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, por el contrario, dicha AFP se allanó a las pretensiones de la demanda, y no aportó pruebas, y de hecho tampoco apeló la decisión de primera instancia, por ende, aceptó que para el traslado del señor Herrera Cortés no obtuvo su consentimiento informado, luego su afiliación quedó sin efecto, esto es, afectada por la figura de la ineficacia.

Con respecto a la petición de Colpensiones de que se dé aplicación de la Sentencia CSJ SL373-2021, advierte esta Colegiatura que ello no es posible, porque el criterio allí fijado fue que, pese a demostrarse que la AFP que promovió el traslado de régimen pensional del RPM al RAIS no hubiese cumplido con el deber de información, cuando se tiene la calidad de pensionado, eso es una situación consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico que no permite volver las cosas

al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el acto de traslado, es decir, que no se puede revertir o retrotraer. En el asunto bajo examen el señor Herrera Cortes aun ostenta la calidad de afiliado y no la de pensionado, de tal manera que no tiene una situación jurídica consolidada que impida retrotraer las cosas al estado al que se encontraban al momento del traslado al RAIS.

Y aun en caso de que el bono pensional del actor estuviese redimido, asunto que no está acreditado en este proceso, ese dinero entraría a ser parte integral del capital destinado a financiar la pensión, por lo que ante la declaratoria de ineficacia del traslado del RPM al RAIS lo correcto sería trasladar todos los conceptos que integran el capital a Colpensiones, siendo esta última entidad la que debe realizar las gestiones necesarias con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público Oficina de Bonos Pensionales con el objetivo de verificar las fuentes de financiación de las prestaciones económicas del actor, tomando en cuenta el valor del bono pensional redimido y si es del caso, Colpensiones deberá devolver al Ministerio lo que concierna, esto conforme lo señalado en la sentencia CSJ SL1309-2021.

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 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).

En consecuencia, se confirmará la decisión del *a quo* frente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen realizado el 1 de marzo de 1997 al RAIS a través de la AFP Colfondos, con todas las consecuencias jurídicas impuestas en primera instancia.

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 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 la parte vencida en el proceso, luego al resultar dicha entidad vencida en juicio, además de haber presentado oposición a las pretensiones de la demanda, es natural que sea condenada en costas.

COSTAS

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

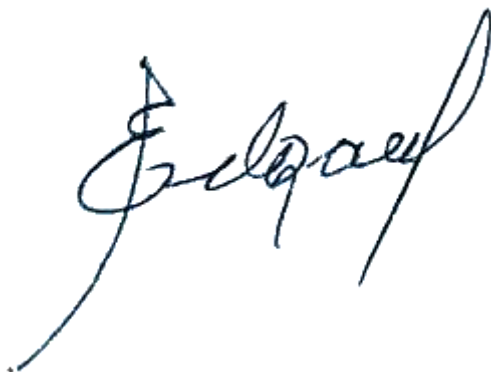
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

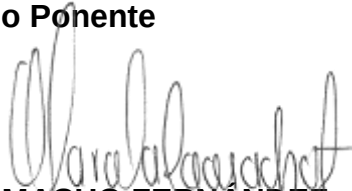
PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada Colpensiones.

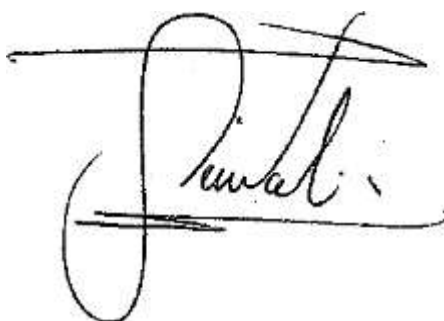
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



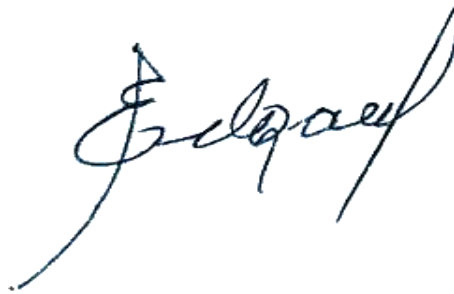
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES 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 FREDY LINERO MORENO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. Y COLFONDOS

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre 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 **FREDY LINERO MORENO**, se declare la nulidad e ineficacia de la vinculación al RAIS con las demandadas Colfondos, Porvenir y Protección S.A.; al carecer de validez por existir vicios del consentimiento al no haber sido asesorado correctamente. En consecuencia, se ordene a las AFP demandadas a trasladar los dineros obrantes en su cuenta individual con sus respectivos rendimientos, cuotas de administración y demás descuentos realizados; que se ordene a Colpensiones a recibir los dineros trasladados, lo que resulte probado ultra y extra petita (Exp. Digital – cuaderno 001).

Como hechos fundamento de las pretensiones (Exp. Digital – cuaderno 001), señaló en síntesis, que nació el 14 de enero de 1960; que ha cotizado al sistema general de pensiones desde marzo de 1980; que se trasladó al RAIS a través de Colfondos, sin que se respetará el término de permanencia de 3 años establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Relató, que las AFP demandadas no le dieron información clara y oportuna al momento de su afiliación a ellas; que no le explicaron las diferencias entre ambos regímenes; tampoco le dijeron el término que tenía para trasladarse de régimen, del derecho de retracto, no le informó sobre la rentabilidad, no se le dijo que debía tener 110% del IBL cotizado para obtener una pensión similar a su salario; que durante su permanencia en las AFP demandadas no le explicaron la opción que tenía de trasladarse a Colpensiones; no le dijeron tampoco que su mesada pensional podía variar, ni las razones de por qué podía variar.

Indicó, que solo fue para el año 2019, que se percató de su situación pensional cuando preguntó los trámites para el reconocimiento de su pensión ante la AFP Colfondos, momento en que le informaron que su mesada pensional sería de \$3.097.707, razón por la cual solicitó el traslado de régimen ante Colpensiones bajo el radicado 2019_11067994 y 2019_13291446, como también ante las AFP demandadas; todas estas que fueron negadas.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (Exp. Digital-cuaderno 001 – pág.105 y 426), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó fecha de nacimiento del demandante, su afiliación a RPM y traslado al RAIS, y cuanto a los demás, 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 de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción e innominada o genérica.

Respecto de **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.** se tuvo por no contestada la demanda a través de auto de fecha 20 de septiembre de 2021 (Exp. Digital-cuaderno 001 – pág.590-591).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 28 de octubre de 2021 (Exp. Digital – cuaderno 001-pág.369), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por el señor FREDY LINERO MORENO, a través de COLFONDOS S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS S.A., que traslade a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses, y a COLPENSIONES a recibir los aportes del demandante, procediendo a actualizar su historia laboral.

TERCERO: ABSOLVER a PORVENIR S.A., de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

CUARTO: COSTAS a cargo de COLFONDOS S.A. Inclúyase como agencias en derecho la suma de cuatro (4) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Fundamentó su decisión, haciendo relación a la tesis planteada por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral relacionada con la ineficacia del traslado; sin embargo, sostuvo que su tesis no es la ineficacia, sino la nulidad del traslado.

Posteriormente, señaló que la AFP Colfondos quien fue la entidad que propició el traslado no había demostrado su deber de información, lo cual daba lugar a que se declarara la nulidad solicitada. Resaltó, que existía vicios en el consentimiento en cuanto al error en el objeto de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1511 del Código Civil, toda vez que al demostrarse que existió omisión de un deber legal por parte de la AFP.

Finalmente, señaló que si bien la demanda también iba dirigida en contra de Protección S.A., lo cierto era que, ante la omisión de respuesta de dicha entidad, tal aspecto no se había podido corroborar; no obstante, se evidenciaba de la respuesta dada por parte de Protección S.A. a la petición presentada por el accionante, que allí se informaba que nunca había estado afiliado a dicho fondo; motivo por el cual debía ser absuelta de las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que, el demandante no acreditó la nulidad alegada, por lo tanto, no se ha ejercido acciones u omisiones tendientes afectar sus derechos prestacionales, ya que no se estaba contravirtiendo la existencia de un derecho adquirido, ni tampoco una expectativa legítima; dado que el promotor del proceso no era beneficiario de un régimen de transición.

Solicitó, tener en cuenta el artículo 2° de la ley 797 de 2003, debiéndose considerar que la entidad tiene como fin cumplir el principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema; reiteró el argumento en cuanto a que el actor no es beneficiario del régimen de transición citando como referencias las sentencias C 789 – 2002, SU 062 - 2010 y SU 130 – 2010; así como la sentencia SL138-2015; entre otras.

También pretende, que en virtud en el equilibrio financiero del sistema se dé aplicación a la sentencia SU 062 – 2010, en relación al estudio de la rentabilidad por medio del cual se establece que el cálculo de rentabilidad, que es una operación tendiente a determinar si el afiliado que desea trasladarse del RAIS al RPM y que le faltaren menos de 10 años para pensionarse; cumpla con el requisito de ahorro realizado en ese fondo, el cual no debe ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubiere permanecido en el RPM, y así poder establecer si procede o no el traslado de régimen.

Igualmente, solicitó tener en cuenta lo dispuesto en la sentencia SL17595-2017, arguyendo que, si bien el demandante no es un experto en el tema pensional, sí tenía la capacidad de entender lo indicado en el momento de los traslados, de lo contrario se observaba una conducta omisiva al no haber indagado sobre su situación pensional. Por último, pidió tener en cuenta el principio de la relatividad jurídica, toda vez que Colpensiones es un tercero de buena fe en el acto jurídico que celebró el señor Fredy Linero y Colfondos S.A., de suerte que los actos jurídicos en principio tienen efectos *Inter partes*, por lo cual independientemente de la decisión adoptada no puede verse favorecida, ni tampoco perjudicada con la decisión adoptada; que en caso de confirmarse la decisión se retorne en su totalidad los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual del actor.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto 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 los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor FREDY LINERO MORENO se afilió al ISS donde aportó desde el 29 de marzo de 1980, hasta el 28 de abril de 1994, un total de 551,29 semanas de cotización (Exp. Digital – cuaderno 001-pág. 134); *ii)* que el **28 de abril de 1994**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Colfondos S.A. (Exp. Digital – cuaderno 001-pág. 39 y 505), *iii)* que posteriormente, se trasladó a la AFP Porvenir S.A. 19 de abril de 1999 (Exp. Digital – cuaderno 001-pág. 507), y *iv)* que el 7 de julio de 2001, se trasladó a la AFP BBVA Horizonte pensiones y cesantías hoy Porvenir S.A., entidad en cual se encuentra vinculado actualmente (Exp. Digital – cuaderno 001-pág. 508).

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).

Asimismo, 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 –**28 de abril de 1994**-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, 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 (Exp. Digital – cuaderno 001-pág. 39), suscrito el **28 de abril de 1994**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que 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).

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); aún más cuando ni siquiera dio contestación a la demanda.

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.

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** 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 en su totalidad, 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 el ordinal segundo en el sentido de ordenar a las AFP Colfondos S.A. y Porvenir S.A., el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquellas, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, 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).

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de 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:

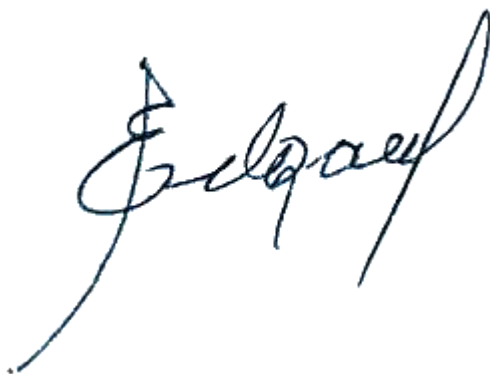
PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **DECLARAR** la ineficacia del traslado realizado por el demandante FREDY LINERO MORENO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 28 de abril de 1994, a través de la afiliación a la AFP Colfondos S.A.

SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia proferida por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a las AFP 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 de permanencia. 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 Colpensiones.

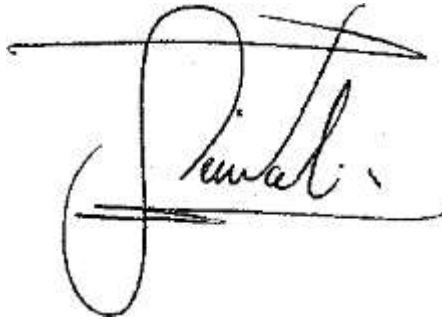
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP 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 CECILIA LOZANO LEYVA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre 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 **CECILIA LOZANO LEYVA**, se declare la nulidad del traslado del RPM al de RAIS, el cual tuvo lugar a través de formulario de afiliación del 27 de julio del año 2000, con la AFP Porvenir S.A., ante la omisión de dicho fondo del deber de información de manera clara, completa, veraz oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto de las implicaciones que tenía el cambio de régimen de pensiones.

Como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a la AFP Porvenir S.A. a restituir a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de su vinculación, como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado, así como cualquier otro concepto que hubiere recibido por concepto de su afiliación, como cuotas de administración, entre otros; que se condene a Colpensiones a recibirla como afiliada y a recibir los valores obtenidos mientras estuvo en el RAIS, para que sean contabilizados para efectos de su pensión; que se condene al pago de perjuicios morales ocasionados debido a la omisión de la información al momento del traslado pensional, a lo que resulte probado ultra y extra petita y al pago de costas y agencias en derecho (Exp. Digital – cuaderno 001).

Como hechos fundamento de las pretensiones (Exp. Digital – cuaderno 001), señaló en síntesis, que nació el 20 de noviembre de 1955; que estuvo afiliada al RPM a través de Colpensiones; que el día 27 de julio del año 2000, suscribió formulario de traslado de régimen con la AFP Porvenir S.A.; que para el momento del traslado la AFP Porvenir S.A. no la asesoró de manera completa, clara, veraz, oportuna, adecuada y suficiente, respecto de las diferencias de uno u otro régimen de pensiones; tampoco se le dijo sobre los riesgos, desventajas o inconvenientes del régimen al cual se iba a trasladar; tampoco la asesoró sobre el régimen que más le convenia; que no tuvo en cuenta su historia laboral, edad y tiempo que llevaba cotizando, no se le habló sobre el derecho de retracto; tampoco le efectuó proyección de mesada pensional, no se le informó sobre las condiciones requeridas en el RAIS para pensionarse anticipadamente; entre otros aspectos.

Acotó, que mediante solicitud No. 2019_16058117 del 29 de noviembre de 2019, solicitó ante Colpensiones la nulidad de la afiliación y el traslado al RAIS, la cual fue rechazada el 29 de noviembre de esa misma anualidad; que mediante radicado 010022210435100 del 29 de noviembre de 2019, solicitó a la AFP Porvenir S.A. la nulidad de traslado del régimen, que fue igualmente rechazada por dicha entidad.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (Exp. Digital-cuaderno 001 – pág.90), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó fecha de nacimiento de la demandante, su afiliación en el RPM y traslado al RAIS, la petición que fue presentada por la actora ante dicha entidad; respecto de los demás hechos, dijo no ser cierto el numeral 18 y no constarle los demás. 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 seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción e innominada o genérica.

PORVENIR S.A. contestó (Exp. Digital-cuaderno 001 – pág.148), igualmente oponiéndose a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos, aceptó fecha de nacimiento se la señora Cecilia Lozano, petición y respuesta; en relación a los demás manifestó no constarle los numerales 15 y 16, y no ser ciertos 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 5° Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 28 de octubre de 2021 (Exp. Digital – cuaderno 001-pág.369), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por la señora **CECILIA LOZANO LEYVA**, a través de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

SEGUNDO: ORDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses, y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a recibir los aportes de la demandante, procediendo a actualizar su historia laboral.

TERCERO: COSTAS únicamente a cargo de **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** Inclúyase como agencias en derecho la suma de cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Fundamentó su decisión, haciendo una relación de la tesis planteada por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral relacionada con la ineficacia del traslado; sin embargo, sostuvo que su tesis no es la ineficacia, sino la nulidad del traslado.

Posteriormente, señaló que la demandante se había trasladado al RAIS el 27 de julio del año 2000, momento para el cual, teniendo en cuenta su fecha de nacimiento que lo es el 20 de noviembre de 1955, se podía constatar que a la entrada en vigencia la Ley 100 de 1993, contaba con más de 35 años de edad, siendo beneficiaria del régimen de transición para la época en que ocurrió traslado; siendo un hecho relevante que no le fue informado a la accionante por parte del fondo que propició el traslado.

Finalmente, hizo mención al criterio de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral relativa a que los formatos de afiliación no son prueba de ese consentimiento informado; concluyendo que en el presente asunto no se cumplió con el deber que le incumbía a la AFP, declarando la nulidad del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que, la normativa que regula el RAIS se encuentra establecido en la Ley 100 de 1993, normatividad que se encuentra a disposición de todos los afiliados y que puede ser verificada en cualquier momento; aunado a ello el artículo 9 del Código Civil establece que la ignorancia de la ley no sirve de excusa; lo cual tiene consonancia con lo dispuesto en la sentencia C 963-2006.

Enfatizó, que la afiliada en este momento se encuentra catalogada como consumidora financiera, lo cual adquiere relevancia dentro del Decreto 2555 de 2010, en donde se establece el deber que tiene la afiliada de informarse adecuadamente de las condiciones del sistema general de pensiones. De otro lado, la demandante había firmado el formulario de traslado de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto 691 de 1994, el cual establecía que el traslado era válido únicamente con el diligenciamiento del mismo.

Adicionalmente, sostuvo que para el 5 de febrero de 2020, momento en que se radicó la demandada la promotora del proceso ya contaba con 63 años de edad, estando inmersa en la prohibición establecida en Ley 100 de 1993, lo cual no da lugar a realizar el traslado solicitado; de igual modo, señaló que debía tenerse en cuenta que Colpensiones no había tenido ningún tipo de inherencia en las decisiones que tomó la demandante para hacer el traslado a un fondo privado y tampoco en cuanto a la información que se dio.

PORVENIR S.A. también interpuso recurso de apelación indicando que el traslado de régimen fue válido, toda vez que la demandante se vinculó para el año 2000, firmando el formulario de afiliación, siendo ese el único documento que se requería para la época; tampoco le era dable a la entidad rechazar dicha vinculación, dado que de conformidad con el artículo 112 de la Ley 100 de 1993, le estaba prohibido rechazar cuando la afiliada cumplía con los requisitos para efectuar dicho acto.

Respecto al deber de información, arguyó que tal tesis ha tenido un desarrollo legal y jurisprudencial, el cual se ha incrementado a lo largo de los años, evidenciando en este caso que la entidad cumplió con ese deber, ya que una vez recibida la información por parte de la señora Cecilia Lozano, ella tomó la decisión de firmar el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, sin que mediara fuerza por parte de Porvenir, lo cual se ratificó con las cotizaciones que ha realizado durante su permanencia en dicho

fondo; aunado a que las exigencias en relación a este deber de información se dieron con posterioridad al año 2000.

Finalmente, solicitó se respete la voluntad que existió entre las partes, de lo cual adujo que no resulta justo que se exijan requisitos adicionales; considerando que la inconformidad de la actora radicó en el valor de su mesada pensional; sin tenerse en cuenta que para el momento del traslado no se sabía si iba a cumplir o no con la capacidad para pensionarse, pues aún le faltaban muchos años de cotización; de manera que se desconocía la densidad de semanas y la tasa de reemplazo a utilizar al momento del reconocimiento pensional.

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 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 son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: i) que la señora CECILIA LOZANO LEYVA se afilió al ISS donde aportó desde el 26 de julio de 1985, hasta el 31 de julio de 2000 (Exp. Digital – cuaderno 001-pág. 131); y ii) que el **27 de julio del 2000**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Porvenir S.A. (Exp. Digital – cuaderno 001-pág.171), la cual se hizo efectiva a partir del 1° de septiembre del año 2000 (Exp. Digital – cuaderno 001-pág.198), 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 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).

Asimismo, 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 –**27 de julio 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.

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 **27 de julio del 2000**, 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, 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.

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 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 en su totalidad, 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 el ordinal segundo en el sentido de ordenar a las AFP Porvenir, 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).

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,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **DECLARAR** la ineficacia del traslado realizado por la demandante CECILIA LOZANO LEYVA del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 27 de julio del 2000, a través de la afiliación a la AFP Porvenir S.A.

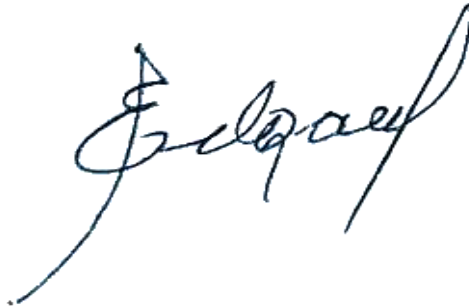
SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia proferida por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y

sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo de permanencia. 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 S.A. y Colpensiones.

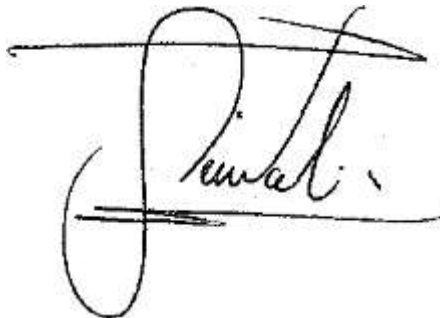
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

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 blue ink, appearing to read 'Edgar 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 LIBARDO PINZÓN CUBIDES CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. Y AFP COLFONDOS S.A.

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre 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 **LIBARDO PINZÓN CUBIDES**, se declare la ineficacia de la afiliación efectuada en el mes de mayo del año 2000 a través de la AFP Colfondos S.A. por existir engaño y asalto en su buena fe; igualmente se declare la ineficacia de la afiliación que hizo con la AFP Porvenir S.A. en el mes de junio de 2002.

Como consecuencia de lo anterior, se condene a la AFP Porvenir S.A. a trasladar los aportes en pensiones realizados por él, como cotizaciones, bonos pensionales, sumadas adicionales de la aseguradora, junto con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubiesen causado; se condene a Colpensiones a aceptar el traslado en pensiones y a validar los aportes girados e incorporarlos en su historia laboral; se condene en costas y agencias en derecho y lo que resulte probado ultra y extra petita (Exp. Digital – cuaderno 001).

Como hechos fundamento de las pretensiones (Exp. Digital – cuaderno 001), señaló en síntesis, que nació el 14 de abril de 1957; que estuvo afiliado al ISS desde el

mes de mayo de 1977, hasta el mes de abril del año 2000; momento para el cual se trasladó a Colfondos S.A.

Relató, que el asesor que trabajaba para Colfondos S.A. lo persuadió a realizar el cambio de régimen, sin darle ningún tipo de asesoría en cuanto a las consecuencias que le acarrearía ese cambio; que tan solo le manifestó de manera falaz y parcializada que el ISS se acabaría y que perdería sus ahorros; manifestándole que podía pensionarse a una edad más temprana.

Adujo, que en el mes de junio del año 2002, se trasladó a Porvenir S.A., momento para el cual tampoco se le brindó una asesoría clara y pertinente sobre dicho régimen, solo le informaron sobre las ventajas; que durante su permanencia en dicho fondo no se le informó que debía acercarse a recibir información detallada que le permitiera discernir y tomar una decisión consiente, ni tampoco que para el año 2009, se vencía el tiempo límite señalado en la Ley 797 de 2003, para trasladarse.

Agregó, que el 19 de julio de 2019, solicitó ante la AFP Porvenir S.A. el traslado de régimen, solicitud que fue negada; que dentro de dicha respuesta se realizó una proyección de su mesada pensional la cual sería de \$1.123.200 en el RAIS y en el RPM su mesada pensional ascendería a \$2.197.756,30; que igualmente solicitó ante Colpensiones el traslado el 19 de julio de 2019, siendo también negada por dicha entidad.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A. contestó (Exp. Digital – cuaderno 18), oponiéndose únicamente a la condenada en costas. En cuanto a los hechos, aceptó fecha de nacimiento del demandante, solicitud y respuesta; en relación a los demás dijo no ser ciertos los numerales 3 y 4, y no constarle los restantes. No propuso excepciones de fondo.

PORVENIR S.A. contestó (Exp. Digital – cuaderno 13), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, dijo no ser ciertos los numerales 5 a 8, 11 y 12; frente a los demás,. manifestó no constarle. Propuso como excepciones de fondo, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

COLPENSIONES contestó (Exp. Digital – cuaderno 16), también oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos señaló ser cierta la fecha de nacimiento de la demandante, su afiliación a dicho régimen y los aportes efectuados,

petición y respuesta; Frente a los demás, manifestó no constarle. Propuso como excepciones de fondo, prescripción, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, inexistencia del derecho y de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe e innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá, quien asumió el presente proceso de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA20-11686 del 10 de diciembre de 2020, y CSJBTA20-109 del 31 de diciembre de 2020, a través de sentencia del 3 de marzo de 2022 (Exp. Digital- cuaderno 33), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que de régimen pensional realizó el demandante LIBARDO PINZÓN CUBIDES del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA administrado por el ISS al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A. actual fondo de pensiones del actor, a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del actor como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos, intereses y rendimientos.

TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS S.A y PORVENIR S.A reintegrar a COLPENSIONES, de su propio patrimonio e indexados, los deterioros sufridos por los recursos administrados al actor, incluidos gastos de administración, comisiones y primas de seguros, sin ningún tipo de descuentos y a prorrata del tiempo que permaneció afiliado el actor en cada uno de los dos.

CUARTO: ORDENAR a PORVENIR S.A realizar todos los trámites administrativos tendientes a normalizar la afiliación de la demandante, en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones –SIAFP (anulación a través de MANTIS) y entregar a COLPENSIONES el archivo y el detalle de aportes realizados durante la permanencia de la actora en el RAIS.

QUINTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que acepte al actor en el régimen de prima media con prestación definida, reactive su afiliación al RPM y corrija su historia laboral conforme los dineros trasladados del RAIS.

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

SÉPTIMO: COSTAS a cargo de COLFONDOS S.A y en favor de la demandante. Se fijan como agencias en derecho suma equivalente a 1 salario mínimo.

Fundamentó su decisión, haciendo referencia a lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993; también trajo a colación la jurisprudencia emitida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en donde se ha referido a las obligaciones y deberes que tienen las AFP respecto del deber de información en relación al traslado de régimen pensional.

Seguidamente, consideró que si bien para el momento en que se efectuó el traslado de régimen, esto es, en el año 2000, aun no se había expedido el régimen de protección al consumidor financiero, ello en ningún caso podía ser indicativo de la inexistencia del deber de información, pues estaba plenamente vigente los postulados constitucionales de buena fe y confianza legítima en las relaciones negociables; aunado a que ya existían algunas normas que les imponían el deber de la información como el literal b) del artículo 13 de la Ley 106 de 1993, artículo 100 *ibidem* y los artículos 72 y 97 del Decreto 663 de 1993.

Sostuvo, que en el presente caso Colfondos S.A. no había allegado prueba del deber de información, aunado a que no se había opuesto a las pretensiones de la demanda, por lo que se concluía que había existido omisión injustificada, ya que el simple diligenciamiento y suscripción del formulario de afiliación preimpreso era insuficiente para estimar la eficacia del traslado de régimen pensional; bajo lo anterior, dio aplicación a lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, declarando ineficaz el traslado de régimen pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación argumentando que si bien no había sido el fondo que propició el traslado inicial, debía considerarse el carácter de público de los formularios de afiliación, el cual había sido debidamente suscrito por el demandante de manera libre y voluntaria. Arguyó, que no se había tenido en cuenta por parte de la Juez que la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado respecto de los traslados horizontales como actos de relacionamiento, que establece la voluntad del actor de permanecer en el RAIS.

Añadió, como inconformidad a la decisión de primera instancia la devolución de los gastos de administración y demás conceptos diferentes al capital obrante en la cuenta de ahorro individual del señor Libardo Pinzón y sus respectivos rendimientos, por cuanto constituye un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, toda vez que los mismos correspondían a una contraprestación de labor realizada por la entidad para aumentarle a través de los rendimientos el capital que se encuentra actualmente en la cuenta individual del accionante.

Acotó, que en dado caso de ordenarse la devolución de los gastos de administración como consecuencia de una declaratoria de ineficacia, también debía

ordenarse que Colpensiones devolviera los rendimientos durante la permanencia del señor Libardo a dicho fondo; teniéndose en cuenta que todo volvía a su estado anterior.

COLFONDOS S.A. también interpuso recurso de apelación, respecto de tener que pagar los deterioros sufridos de la cuenta de ahorro individual del demandante y la devolución de los gastos de administración, frente a lo cual debía tenerse en cuenta que la entidad no se había opuesto a las pretensiones de la demanda y había trasladado todos aportes existentes de la cuenta de ahorro individual del señor Pinzón Cubides, por lo cual, no era dable devolver lo ordenado, dado que dicha cuenta ya no estaba a su cargo. Además, de que su labor estuvo ceñida a la constitución y la ley, de suerte que al ordenarse dicha devolución se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por Porvenir S.A. y Colfondos 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 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 LIBARDO PINZÓN CUBIDES se afilió al ISS donde aportó desde el 12 de mayo de 1977, al 30 de abril de 2000, un total de 792,29 semanas (Exp. Digital carpeta expediente administrativo); *ii)* que el **19 de abril de 2000**, suscribió formulario de traslado al RAIS Colfondos S.A. (Exp. Digital cuaderno 18); y *iii)* que el 15 de mayo del año 2002, suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir S.A, entidad en cual se encuentra vinculado actualmente (Exp. Digital cuaderno 13).

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 **–19 de abril de 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.

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).

Ahora bien, que en este asunto la AFP Colfondos S.A. no allegó al plenario prueba alguna que demuestre que para el **19 de abril de 2000**, 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.

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 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 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** 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); tal y como fue ordenado por la Juez de primera instancia; 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 Colfondos S.A., 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).

En consecuencia, se **confirmará** la decisión del a quo frente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen realizado el **19 de abril de 2000**, al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A., con todas las consecuencias jurídicas impuestas en primera instancia.

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 Colfondos S.A. 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: CONFIRMAR en su totalidad la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas.

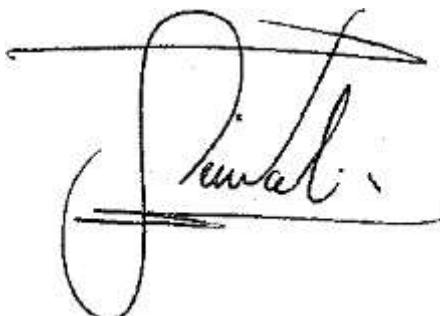
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

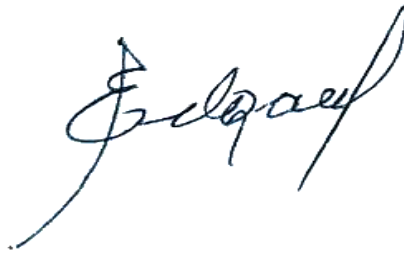


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A., 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 LUZ AMPARO LEYVA ACUÑA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre 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 **LUZ AMPARO LEYVA ACUÑA**, se declare que la AFP Protección S.A., incumplió con su deber legal de información al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva y comprensible sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen; se declare la nula e ineficaz la afiliación al RAIS; se declare que se encuentra válidamente afiliada al RPM.

En consecuencia, de lo anterior, se condene a la AFP Protección S.A. a registrar en su sistema de información que su afiliación es nula e ineficaz; que se condene a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar; que se condene Colpensiones a activar la afiliación, a recibir la totalidad de los aportes a pensión a los que hubiere lugar; que se condene a lo que resulta probado ultra y extra petita y al pago de costas y agencias en derecho (Exp. Digital – cuaderno 001).

Como hechos fundamento de las pretensiones (Exp. Digital – cuaderno 001), señaló en síntesis, que nació el 15 de febrero de 1962; que inició sus aportes el RPM a través del ISS hoy Colpensiones, el 21 de julio de 1988; que el 30 de agosto de 1995, se trasladó a la AFP Protección S.A., momento para el cual contaba con 33 años de edad; que en su lugar de trabajo se presentaron unos asesores de la AFP Protección S.A. quienes le indicaron que el ISS se encontraba atravesando por una crisis financiera por lo que de permanecer allí sus aportes a pensión estarían a riesgo de perderse; también se aseguraron que los afiliados al ISS tenían muchos problemas para acceder a su pensión debido al desorden administrativo de la entidad; le aseguraron que por el hecho de ganar más del salario mínimo podría pensionarse más joven.

Indicó, que la AFP omitió brindarle una información completa y clara sobre los efectos y consecuencias de su traslado de régimen pensional, así como las características de ambos regímenes; que no le entregó una proyección pensional, ni le informó la probabilidad que tendría de pensionarse en cada régimen; tampoco se le hizo una proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos; que no se le dijo la posibilidad que tenía de regresar al RPM antes del cumplimiento de los 47 años de edad; que no se adelantó ninguna gestión de re asesoría tendiente a evaluar su situación concreta, para determinar que le resultaba más conveniente.

Refirió, que el 7 de diciembre de 2018, por petición que fue presentada ante Protección S.A., esta le informó que su mesada pensional según proyección realizada por ellos, sería equivalente a una pensión de garantía mínima; que según proyección realizada por ADDECO S.A. su IBL sería de \$2.771.760 por lo que en el RPM su mesada pensional equivaldría aproximadamente en \$1.935.422; que teniendo en cuenta las diferencias en su mesada pensional, solicitó ante la AFP Protección S.A. y Colpensiones la anulación de su afiliación en el RAIS y activación ante RPM; sin que las mismas fueran positivas.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Respecto de **PROTECCIÓN S.A.**, mediante auto del 28 de junio de 2021, se tuvo por no contestada la demanda (Exp. Digital – cuaderno 007).

COLPENSIONES contestó (Exp. Digital – cuaderno 002), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó fecha de nacimiento de la demandante, su afiliación y aportes a dicho régimen pensional; traslado al RAIS, petición y respuesta; frente a los demás hechos, manifestó no constarle. Propuso como

excepciones de fondo, 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, 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, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria e innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá, quien asumió el presente proceso de conformidad con lo dispuesto en los Acuerdos PCSJA20-11686 del 10 de diciembre de 2020, y CSJBTA20-109 del 31 de diciembre de 2020, a través de sentencia del 20 de enero de 2022, resolvió:

RIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que de régimen pensional realizó la demandante LUZ AMPARO LEYVA ACUÑA del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA administrado por ISS al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos, intereses y rendimientos.

TERCERO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. reintegrar a COLPENSIONES, de su propio patrimonio e indexados, los deterioros sufridos por los recursos administrados a la actora, incluidos gastos de administración, comisiones y primas de seguros.

CUARTO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. realizar todos los trámites administrativos tendientes a normalizar la afiliación de la demandante, en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones –SIAFP (anulación a través de MANTIS) y entregar a Colpensiones el archivo y el detalle de aportes realizados durante la permanencia de la actora en el RAIS.

QUINTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que acepte a la actora en el régimen de prima media con prestación definida, reactive su afiliación al RPM sin solución de continuidad y corrija su historia laboral conforme los dineros trasladados por PORVENIR S.A.

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

SEPTIMO: COSTAS a cargo de PROTECCIÓN S.A. y en favor de la demandante. Se fijan como agencias en derecho suma equivalente a 1 salario mínimo.

Fundamentó su decisión, haciendo referencia a lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993; también trajo a colación la jurisprudencia emitida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en donde se ha referido a las

obligaciones y deberes que tienen las AFP respecto del deber de información en relación al traslado de régimen pensional.

Seguidamente, consideró que si bien para el momento en que se efectuó el traslado de régimen, esto es, en el año 2000, aun no se había expedido el régimen de protección al consumidor financiero, ello en ningún caso podía ser indicativo de la inexistencia del deber de información, pues estaba plenamente vigente los postulados constitucionales de buena fe y confianza legítima en las relaciones negociables; aunado a que ya existían algunas normas que les imponían el deber de la información como el literal b) del artículo 13 de la Ley 106 de 1993, artículo 100 *ibidem* y los artículos 72 y 97 del Decreto 663 de 1993.

Sostuvo, que en el presente caso Protección S.A. no había allegado prueba del deber de información, por lo cual concluía que había existido omisión injustificada, ya que el simple diligenciamiento y suscripción del formulario de afiliación no era suficiente para estimar la eficacia del traslado de régimen pensional; que tampoco se podía acreditar el cumplimiento de ese deber de información por haber manifestado la actora en su interrogatorio de parte que al momento del traslado le dijeron que se iba a pensionar más joven, toda vez que para acreditar dicho requisito, la información debió haber sido más completa respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen, incluso proyectándole una mesada pensional; acorde con lo anterior, dio aplicación a lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, declarando ineficaz el traslado de régimen pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, argumentando que para la fecha en que la demandante solicitó regresar al RPM, esto es, en el año 2018, ya contaba con 56 años de edad, estando próxima a reunir los requisitos para el reconocimiento pensional, por lo que no le era dable regresar al RPM, pues debió haberlo hecho cuando le faltaré menos de 10 años para cumplir el requisito de la edad.

Resaltó, que el traslado de régimen tiene plena validez, sin que se observará vicios del consentimiento. De otro lado, respecto del deber de información debía tenerse en cuenta el Decreto 2241 del año 2010, que establece el régimen de protección al consumidor financiero y el cual funda las obligación que están en cabeza de los afiliados que pertenece al sistema general de pensiones, entre los cuales se encuentra el deber de informarse adecuadamente de las condiciones del sistema general de pensiones, teniendo en cuenta que la demandante manifestó en interrogatorio de parte que no

conoce sobre los mecanismo del consumidor financiero, se podía afirmar que su voluntad era permanecer el RAIS.

Por último, indicó que debía considerarse el principio de sostenibilidad financiera establecida por la Corte Constitucional; que en caso de no accederse a lo pretendido solicitó la devolución total de sumas obrantes en la cuenta individual de la demandante y se confirme la no condena en costas, al no haber participado en el acto que se consideró ineficaz, además de ser un tercero al que se le causó un daño injustificado.

PROTECCIÓN S.A. también interpuso recurso de apelación respecto de las comisiones de administración y las primas de seguros provisionales; al ser descuentos autorizados por la Ley 100 de 1993, los cuales operan en ambos regímenes pensionales.

Acotó, que obra dentro del expediente el estado de cuenta de la demandante lo que demuestra que sus aportes obtuvieron unas ganancias y que los dineros fueron debidamente administrados por la entidad, de manera que devolverse lo ordenado se estaría incurriendo en un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones por recibir una comisión que ni siquiera estaba destinada a financiar la pensión de vejez de la demandante; teniendo derecho la entidad a conservar la comisión de administración por restituciones mutuas a su favor.

Indicó, que el Decreto 2555 del 2010, establece que el manejo de los recursos administrados por las AFP están vigilados por la Superintendencia Financiera de Colombia, entidad que emitió concepto del 17 de enero de 2020, en donde estableció que cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación debe darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 3995 de 2018, el cual consagra que cuando se da un traslado de régimen, se debe trasladar únicamente el dinero de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y porcentaje correspondiente al fondo de garantía de la pensión mínima, respetándose la destinación de los aportes realizados y la gestión de administración desarrollada por AFP que generó los rendimientos; también consideró que no debe trasladarse la prima de seguro provisional en atención a que dicho porcentaje ya fue sufragado por la compañía aseguradora que cumplió con su deber contractual de mantener su cobertura ante la vigencia de la póliza.

Finalmente, refirió que debe tenerse en cuenta que en cuanto al cobro de la comisión de administración opera la prescripción al ser conceptos que se van descontando y que no financian la prestación económica por vejez.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Protección S.A. y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta 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 la demandante a través de la AFP Protección S.A. es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora LUZ AMPARO LEYVA ACUÑA se afilió al ISS donde aportó desde el 29 de abril de 1987, al 31 de julio de 1995, un total de 411,14 semanas de cotización (Exp. Digital – cuaderno 002- expediente administrativo); **y ii)** que el **30 de agosto de 1995**, suscribió formulario de traslado al RAIS con la AFP protección S.A. (Exp. Digital – cuaderno 001- pág. 47 y 237), 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).

Asimismo, 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 –**30 de agosto 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 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).

La AFP Protección S.A., aportó al expediente el formulario de solicitud de afiliación y traslado suscrito el **30 de agosto 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.

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 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.

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 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); tal y como fue ordenado por la Juez de primera instancia; 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.

En consecuencia, se **confirmará** la decisión del *a quo* frente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen realizado el **30 de agosto de 1995**, al RAIS a través de la AFP Protección, con todas las consecuencias jurídicas impuestas en primera instancia.

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 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:

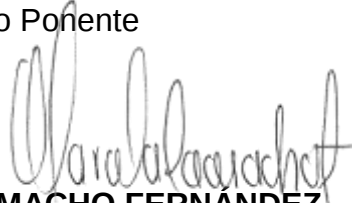
PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas.

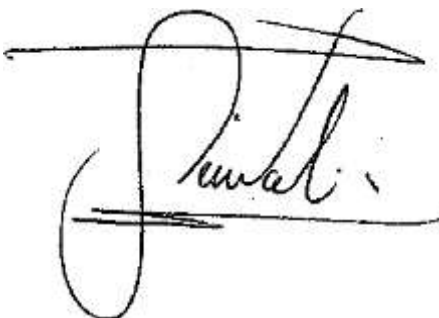
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



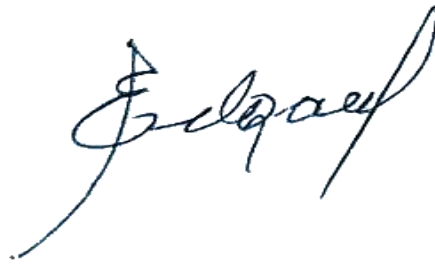
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Protección 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 'Edgar', 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 SANDRA MARÍA HAWK MARTÍNEZ
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre 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 **SANDRA MARÍA HAWK MARTÍNEZ**, se declare la nulidad de la afiliación del RPM al RAIS efectuada el día 30 de julio de 1994, con la AFP Porvenir S.A., por existir engaño y asalto a su buena fe induciéndole al error y viciando su consentimiento.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó se ordene a Porvenir S.A. retronar 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 RPM administrado por Colpensiones; que se ordene a Colpensiones a recibirla en el RPM y mantenerla como afiliada, sin solución de continuidad; que se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho y lo que resulte probado ultra y extra petita (Exp. Digital – PDF 001).

Como hechos fundamento de las pretensiones (Exp. Digital – PDF 001), señaló en síntesis, que estuvo afiliada al ISS desde el 16 de febrero de 1965, hasta el 28 de febrero de 1999; que para el 28 de febrero de 1999, había acumulado un total de 115

semanas; que para el mes de julio de 1994, cuando se encontraba laborando para la empresa UPREMO LTDA, los asesores de la AFP Horizonte le presentaron el nuevo régimen pensional, visualizándose un formulario de afiliación para el mismo tiempo, pero aún seguía cotizando para el ISS.

Narró, que los asesores de la AFP Porvenir S.A. le aseguraron que el ISS iba ser liquidado y que iba a perder lo cotizado para ese momento; que no le iban a pagar en un futuro su pensión de vejez; que para ese entonces no le realizaron una proyección de su mesada pensional; que recibió acoso sistemático por parte de aquellos promotores, quienes le ofrecían beneficios superiores a los que podía obtener en el RPM, pero sin indicarle que el hecho de trasladarse de régimen le generaría una desmejora para su pensión de vejez.

Agregó, que para 26 de marzo tenía cotizadas 1.101,43 semanas de cotización; que el día 15 de marzo de 2019, radicó derecho de petición ante Porvenir S.A. solicitando el retorno al RPM, solicitud que fue negada; que el día 11 de marzo de 2019, pidió ante Colpensiones se declarará la nulidad de traslado, quien le respondió que no era posible; que Porvenir S.A. le realizó una simulación pensional indicándole que la misma ascendería a la suma de \$ 828.116; que al realizarse la misma operación con Colpensiones su mesada pensional sería de \$1.100.705.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (Exp. Digital-PDF 001 – pág.178), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó fecha de nacimiento de la demandante, petición y respuesta; respecto de restantes, dijo no ser ciertos los numerales 2 y 5, y no constarle los demás. Propuso como excepciones de fondo, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.

PORVENIR S.A. contestó (Exp. Digital- PDF 05), igualmente oponiéndose a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos dijo no constarle los numerales 13,

14 y 16, y no ser ciertos los demás. Propuso como excepciones de fondo, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 20 de enero de 2022 (Exp. Digital – PDF 12), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto de traslado que hizo la señora SANDRA MARÍA HAWK MARTÍNEZ del RPM administrado por la AFP Porvenir S.A. Señalando como consecuencia de tal declaración que ningún efecto jurídico surtió el traslado y, por tanto, siempre estuvo afiliado al RPM administrado por COLPENSIONES.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante al RPM y actualizar su historia laboral con los aportes que efectuó en el RAIS.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por todo el extremo pasivo de la acción en tanto no enervaron las pretensiones.

QUINTO: CONDENAR en costas a las demandadas. Tásense.

Fundamentó su decisión, indicando que se venía acogiendo íntegramente a la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en donde se ha consagrado la ineficacia del traslado como consecuencia ante el incumplimiento del deber de información o entrega de información deficitaria de las administradoras de pensiones, en tanto, éstas legalmente se encuentran obligadas a ilustrar a sus posibles afiliados y, en todo caso, con antelación al acto de traslado de manera clara, cierta, comprensible y oportuna sobre todas las características, condiciones, beneficios, ventajas y desventaja de cada uno de los regímenes de pensiones

Adujo, que como reglas jurisprudenciales, la Corte ha dicho que no es un deber que opera únicamente para los para los afiliados que tengan un derecho consolidado, un beneficio transicional o expectativa legítima de pensionarse, sino que se predica en todos los eventos, como quiera que éste se erige como presupuesto de eficacia de ese acto jurídico, además que corresponde a las administradoras de pensiones acreditar la existencia de consentimiento informado en la conformación de dicho acto, habida cuenta que si el afiliado aduce no habersele suministrado información cuando se verificó la afirmación de ese hecho negativo, invierte la carga de la prueba en su favor, correspondiendo entonces a la AFP demostrar judicialmente que si la brindó de manera completa.

Posteriormente, entró a estudiar el caso en concreto señalando la sentenciadora que la AFP Porvenir S.A. no cumplió con este deber; que del interrogatorio de parte rendido por la demandante no se había obtenido ninguna confesión, por el contrario, había corroborado lo dicho en la demanda, motivo por el cual declaró ineficaz el traslado que hizo la actora del RPM al RAIS.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación argumentando que no se había configurado la figura de nulidad o ineficacia del traslado, pues si bien era cierto el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral tiene por sentado que el solo formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información, sino que se debe hacer a través de otros medios de prueba; no obstante, se apartaba de dicha postura como quiera que la entidad había cumplido con los presupuestos legales que se le exigía para la época del traslado como lo era la suscripción de dicho formulario; por lo tanto, el acto jurídico celebrado por las partes gozaba de plena validez.

Solicitó, se tenga en cuenta el interrogatorio de parte rendido por la actora, por cuanto de allí se podía evidenciar que conocía las características y diferencias importantes de uno u otro régimen, como lo era el fondo común y la cuenta de ahorro individual que le generaba unos intereses, demostrándose con ello que el traslado se había efectuó de manera, libre, voluntaria, espontánea e informada; que la accionante con el objetivo de salvaguardar sus aportes que tenía con el ISS hoy Colpensiones, había tomado la decisión de trasladarse porque en esos momento el ISS pasaba por una crisis en la cual no se sabía su futuro, siendo una decisión acertada.

Sostuvo, que del interrogatorio de parte rendido por la señora Sandra también se había podido acreditar que su deseo de retornar al RPM era para obtener una posible mejora en su mesada pensional, lo que demostraba que lo que pretendía era beneficiarse de un régimen al cual no había pertenecido por más de 25 años, siendo una motivación meramente económica y no una motivación por falta de información.

Finalmente, pidió no ser condenada a los gastos de administración, en la medida que la entidad durante el transcurso en el cual la parte actora estuvo vinculada, la entidad administró sus aportes en debida forma generándole unos rendimientos o unos intereses a su favor; aunado a que dichos gastos también se cobran en el régimen de prima media con prestación definida, por lo cual no era una imposición únicamente del RAIS.

COLPENSIONES también interpuso recurso señalando que no se valoró de manera integral el recaudó probatorio obrante en el expediente, esto es respecto del interrogatorio de parte rendido por la demandante versus lo que manifestó en los hechos de la demanda, por lo que no se le debió dar aplicación a las sentencias que fueron citadas por la Juez, puesto que no se evidenció que no se le hubiera brindado por parte de la AFP demandada una escasa información y que la misma hubiera sido nula; toda vez que las respuestas dadas por la demandante en su interrogatorio de parte se había podido concluir que recibió por lo menos una información básica de las características propias del régimen de ahorro individual, como lo era la existencia de una cuenta de ahorro individual en el régimen privado y una cuenta común en el régimen de prima media, así como también dijo en su declaración que la cuenta le generaba unos intereses que le podrían aumentar lo consignado en su cuenta de ahorro individual.

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 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 los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora SANDRA MARÍA HAWK MARTÍNEZ se afilió al ISS donde aportó desde el 7 de febrero de 1990, hasta el 31 de diciembre de 1995, un total de 111,14 semanas de cotización (Exp. Digital – PDF 04); y *ii)* que el **30 de julio de 1994**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Porvenir S.A. (Exp. Digital – cuaderno 05-pág.61), la cual se hizo efectiva a partir del 1° de agosto de 1994, 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).

Asimismo, 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 –**30 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 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 **30 de julio 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.

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).

Respecto del interrogatorio de parte rendido por la demandante, al analizar dicho medio de prueba, no se logra evidenciar una confesión en los términos del artículo 191 del CGP, como erradamente lo consideran los recurrentes, al sostener que conocía a cabalidad las características de ambos regímenes pensionales, pues lo único que manifestó es que se trasladó al RAIS cuando inició a laborar con un nuevo empleador, momento para el cual el asesor de Porvenir S.A. le dijo que el ISS se iba acabar y que perdería lo aportado, por lo que le era mejor trasladarse a dicho fondo. Al preguntársele sobre los demás aspectos importantes del RAIS, a pesar de que sí se le habló de aportes voluntarios, la diferencia que existe con los aportes al RPM, sobre la pensión anticipada y beneficios de herederos, así como sobre las modalidades pensionales en el RAIS, contestó de manera negativa, demostrándose con ello que el asesoramiento al momento del traslado no fue integral.

Si bien con el paso del tiempo la señora Sandra tuvo conocimiento de algunas características del RAIS como el reconocimiento de rendimientos, entre otros, no puede 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; téngase en cuenta que como bien se ha precisado de las sentencias en cita, no bastaba con que la AFP brindará una información básica, sino que la misma debía ser específica y concreta sobre el futuro pensional de la actora, pues el solo hecho de advertirle que ISS iba ser liquidado, no era suficiente para acreditarse el deber de información que le acarreaba, pues para ello debió además indicarle las diferentes modalidades pensionales del RAIS, cuáles era los requisitos para obtener una

pensión anticipada, así como efectuarle una proyección pensional y demás aspecto importantes de dicho régimen.

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**.

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 en su totalidad, 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 el ordinal segundo en el sentido de ordenar a las 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.

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).

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,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia proferida por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo de permanencia. 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. y Colpensiones.

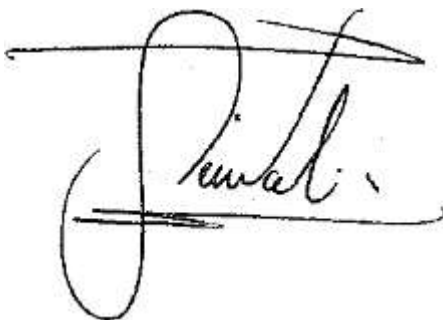
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

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.



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 NELLY ESPERANZA RUBIO PARRA
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre 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 **NELLY ESPERANZA RUBIO PARRA**, se declare que al momento del traslado de régimen pensional del RPM al RAIS, los agentes o promotores de la AFP Porvenir S.A. nunca le proporcionaron una información completa y comprensible sobre una elección de régimen pensional, a fin de ilustrarla en las diferentes alternativas con sus beneficios e inconvenientes de ambos regímenes; por lo tanto, se declare que nulidad del traslado de régimen que hizo del RPM al RAIS.

Como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a la AFP Porvenir S.A. a registrar en el sistema de información que la afiliación al RAIS estuvo viciada por nulidad por error de hecho; que se condene a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación a dicho fondo 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., con los rendimientos que se hubieren causado; que se conde a Colpensiones a activar la afiliación; que se condene a lo que resulta probado ultra y extra petita y a las de costas y agencias en derecho; que se condene al pago de perjuicios en lo correspondiente al

daño emergente y lucro cesante, consolidados y futuros, daños morales objetivos y subjetivos, al pago de intereses moratorios sobre todas las sumas que se condenen por la indemnización de perjuicios y a la indexación de los perjuicios (Exp. Digital – cuaderno 001).

Como hechos fundamento de las pretensiones (Exp. Digital – cuaderno 001), señaló en síntesis, que nació el 10 de marzo de 1964; que se afilió el 16 de julio de 1982, al RPM administrado por el ISS; que ha aportado al RAIS un total de 1,374 semanas de cotización a través de la AFP Porvenir S.A.; que el 1° de marzo de 1995, suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir S.A. quedando vigente a partir del 1° de julio de la misma anualidad; que al momento del traslado estaba cobijada por el Acuerdo 049 de 1990; que antes de procederse a la afiliación o traslado de régimen la AFP Porvenir S.A. omitió darle información necesaria respecto a las diferencias existentes entre ambos regímenes, las consecuencias que acarrearía su decisión, los efectos negativos en relación con su mesada pensional, no se le efectuó una proyección de su mesada pensional, ni le comunicó que disponía como plazo para retornar al RPM hasta antes del año 2011.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (Exp. Digital-cuaderno 003), oponiéndose a las pretensiones efectuadas en su contra. Respecto de los hechos, aceptó fecha nacimiento de la demandante; respecto de los demás dijo no ser ciertos los numerales 2 y 6; en cuanto a los restantes manifestó no constarle. Propuso como excepciones de fondo, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y la innominada o genérica.

PORVENIR S.A. contestó (Exp. Digital-cuaderno 004), oponiéndose a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos, aceptó fecha de nacimiento se la señora Nelly Rubio, afiliación y traslado a dicho fondo y aportes efectuados por ella; en relación a los demás hechos manifestó no constarle los numerales 2, 6 y 17, y no ser ciertos 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 16 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 13 de diciembre de 2021 (Exp. Digital – PDF 14), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuara la demandante señora **NELLY ESPERANZA RUBIO PARRA** identificada con cédula de ciudadanía No. 51.786.921, desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida hacia el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y que tuvo lugar a partir del primero (1º) de marzo de Mil Novecientos Noventa y Cinco (1995) para el fondo de pensiones COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., esto debido a la omisión grave en el deber de información en favor de la parte demandante.

SEGUNDO: CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante con destino a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES**, incluyendo los valores por capital e intereses y réditos producidos, así como las sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales etc, y en general todos los valores que se hayan recibido en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por concepto de las cotizaciones efectuadas en favor de la actora.

TERCERO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES** a recepcionar los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante conforme a lo condenado en esta sentencia, y a reactivar la afiliación de la actora en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, el cual se declara es el único al que en forma válida se ha encontrado afiliada la demandante.

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones que no fueron acogidas en la presente sentencia.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS de la instancia a la parte demandada, practíquese la liquidación por Secretaría, incluyendo el monto de **MEDIO (1/2) SMLMV** y de **UN CUARTO (1/4) DE SMLMV**, a cargo de **PORVENIR S.A** y **COLPENSIONES**, respectivamente, por concepto de las agencias en derecho.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

Fundamentó su decisión, haciendo referencia al artículo 48 de la Constitución Política, lo dispuesto en el artículo 12 y 13 de la Ley 100 de 1993; seguidamente trajo a colación las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral relacionadas el deber de información que les asiste a las AFP al momento del traslado de régimen pensional.

Adujo, que conforme a la jurisprudencia se podía extraer que siempre ha existido el deber de información por parte de las AFP, que la carga de la prueba se encuentra a cargo de las AFP, que no es suficiente la firma en el formulario de afiliación para que se entienda cumplido el deber de información, que no es necesario que exista una expectativa legítima o derecho adquirido y que la prescripción no procede en estos casos.

En relación al presente caso, refirió que la demandante al momento del traslado no era beneficiaria del régimen de transición; no obstante, evidenció del caudal probatorio arrimado que la demandada no había cumplido con el deber de información, pues no se evidenciaba que al momento del traslado se hubiera efectuado una información ilustrada sobre las características, condiciones, acceso, efecto y riesgo de cada uno de los regímenes pensionales; motivo por el cual debía declararse la ineficacia del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación argumentando que, si bien era cierto que existía un presente judicial bastante amplio sobre el deber de información, la Corte Suprema de la Justicia Sala de Casación Laboral también había señalado que se debían analizar las particularidades concretas de cada uno de los afiliados que pretendían se declarará ineficaz el traslado; que en el presente caso había quedado demostrado que se cumplieron cada uno de los requisitos para tener como válida la afiliación efectuada por la actora a dicho fondo.

Enfatizó, que debía también tenerse en cuenta que Porvenir S.A. no había sido quien propició el traslado, sino que había adquirido las responsabilidades por cesión que hiciere con la AFP Colpatria; así mismo, que debía considerarse que la AFP que propició el traslado había actuado bajo el marco normativo que le era atendible para el año 1995; sin que hubiera ejercido ninguna coerción a la actora para que se trasladará de régimen.

También solicitó se analizará la condena respecto de devolver los gastos de administración, toda vez que, si se estaba declarando la ineficacia, ello significaba que las cosas debían retrotraerse a su estado inicial, de manera que el negocio jurídico no sucedió; por lo tanto, los rendimientos financieros al ser privativos del RAIS, ponían a la demandante en una situación distinta, lo cual también ha sido objeto de estudio por parte de la Corte Suprema de Justicia.

De otro lado, en cuanto a los gastos de administración y seguros provisionales señaló que los mismos se encuentran autorizados por la Ley 100 de 1993, lo cual también sucede en el régimen de prima media; que aunado a ello, debía tenerse en cuenta que los mismos ya no se encontraban en su poder al haberse pagado los seguros previsionales a las correspondientes aseguradoras, además de que los mismo ya se han venido agotando con el paso de los años; arguyó que al respecto la Superintendencia

Financiera también se ha pronunciado indicando que los traslados debían hacerse al tenor de lo dispuesto en el Decreto 3995 de 2008, que contempla las restituciones mutuas.

COLPENSIONES también interpuso recurso de apelación indicando que la declaratoria de ineficacia de traslado vulnera y afecta el principio de sostenibilidad financiera, por lo que la entidad no puede asumir el arrepentimiento de la demandante al haber ejercido su derecho a la libre escogencia, al no existir prueba de coacción que viciará la manifestación de su voluntad sobre todo por su permanencia en el RAIS.

Agregó, que la decisión vulnera lo dispuesto en la ley 797 de 2003, y el Decreto 3800 de 2003; también solicitó se revoque la condena en costas al haber actuado de buena fe y con la plena convicción de estar obrando conforme a derecho.

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 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 Colpatria Pensiones y Cesantías S.A. hoy Porvenir S.A. es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora NELLY ESPERANZA RUBIO PARRA se afilió al ISS donde aportó desde el 1 de febrero de 1986, hasta el 7 de mayo de 1992, un total de 173,14 semanas de cotización (Exp. Digital – capeta 03); y **ii)** que el **20 de febrero de 1995**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Colpatria Pensiones y Cesantías S.A. hoy Porvenir S.A. (Exp. Digital – PDF 04-pág.67), la cual se hizo efectiva a partir del 1° de marzo de 1995, 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).

Asimismo, 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 febrero 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 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).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Colpatria hoy Porvenir suscrito el **20 de febrero de 1995**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda

concluirse que 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, 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.

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); pues como bien lo advirtió en su recurso de alzada es Porvenir quien asumió las responsabilidades de la AFP Colpatria, de manera que era la obligada a probar el cumplimiento del deber de información; 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 en su totalidad, 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** el ordinal segundo en el sentido de ordenar a las AFP Porvenir, 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).

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA

En cuanto a la condena en costas a Colpensiones 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

recibir 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 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 el ordinal segundo de la sentencia proferida por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo de permanencia. 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.

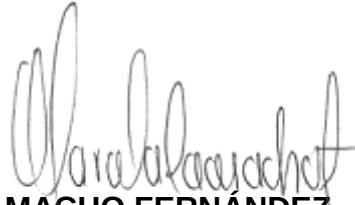
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada.

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

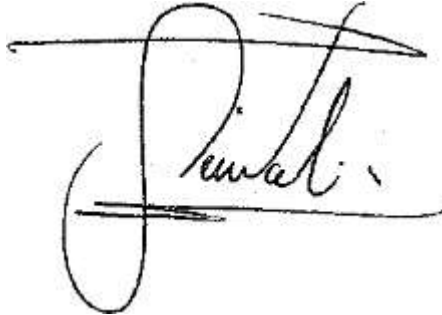
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



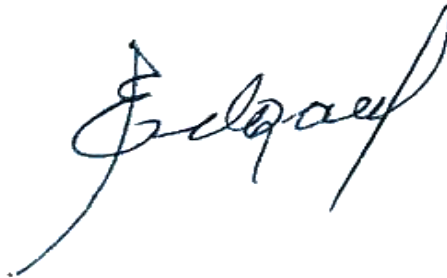
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

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.



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 RENÉ LUZARDO TRIANA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, AFP PORVENIR Y PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre 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 RENÉ LUZARDO TRIANA**, se declare la ineficacia de la afiliación realizada a Porvenir S.A., por no haberse cumplido con deber efectivo de información, así como las demás afiliaciones que hizo dentro del RAIS. En consecuencia, se ordene a Porvenir S.A. y Protección S.A. a adelantar todos los trámites necesarios para lograr el traslado efectivo al RPM, incluyendo cualquier ingreso que haya recibido derivado de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado y cuotas de administración debidamente indexadas; se ordene a Colpensiones a realizar todos los trámites tendientes al retorno haciendo convalidación con los dineros que reciba, al pago de costas y agencias en derecho y lo que resulte probado ultra y extra petita (Exp. Digital – cuaderno 001).

Como hechos fundamento de las pretensiones (Exp. Digital – cuaderno 001), señaló en síntesis, que nació el 4 de febrero de 1962; que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 32 años de edad; que comenzó a cotizar al sistema de

seguridad social con el ISS en donde acreditó un total de 125 semanas; que en el mes de julio de 1997, se afilió a Porvenir S.A.

Narró, que al momento en que se trasladó al RAIS no se le informó sobre las características de dicho régimen, los requisitos para acceder a la pensión en cada una de sus modalidades, no se le hizo una liquidación de la pensión, no se le dijo sobre las consecuencias de su afiliación, como tampoco se le hizo una comparación entre ambos regímenes pensionales; situación que tampoco ocurrió al vincularse a la AFP Colpatria en febrero de 1999.

Acotó, que teniendo en cuenta lo anterior, solicitó ante las entidades demandadas a través de derecho de petición la declaratoria de ineficacia de la afiliación con su consecuente traslado; peticiones que fueron negadas.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (Exp. Digital- PDF 10), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó fecha de nacimiento del demandante, su afiliación a RPM, aportes efectuados, traslado al RAIS, petición y respuesta; en cuanto a los demás hechos manifestó no constarle.

Propuso como excepciones de fondo, errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

PROTECCIÓN S.A. contestó (Exp. Digital - PDF 09), también oponiéndose a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos aceptó fecha de nacimiento del demandante, su afiliación en el RPM, petición y respuesta; en relación a los demás manifestó no ser cierto el numeral 11 y no constarle los restantes. Propuso como excepciones de fondo, 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 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, 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 a otra administradora.

PORVENIR S.A. contestó (Exp. Digital - PDF 08), igualmente oponiéndose a las pretensiones de la demanda; respecto de los hechos dijo no constarle los numerales 1 a 4, 12, 15 y 16, y no ser ciertos los demás. Propuso como excepciones de fondo, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 7 de marzo de 2022 (Exp. Digital – PDF 22), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor **LUIS RENÉ LUZARDO TRIANA** al régimen de ahorro individual el 16 de mayo de 1997, con fecha de efectividad a partir del 1º de julio del mismo año por intermedio de **PORVENIR SA**, quedando afectado por la ineficacia también el traslado realizado a **PROTECCIÓN S.A. (que adquirió a la AFP ING)** y el posterior retorno a **PORVENIR S.A.**; y en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación del demandante -aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en a cuenta de ahorro individual del señor **LUIS RENÉ LUZARDO TRIANA**. Para ello se concede el término de un (1) mes. 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 PROTECCIÓN SA a trasladar a **COLPENSIONES**, dentro del término de un mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión, la totalidad de los dineros que descontó de los aportes realizados por el señor **LUIS RENÉ LUZARDO TRIANA** por motivo gastos y comisión de administración, aporte de la garantía de la pensión mínima, seguros previsionales y lo descontado por concepto de traslado, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos y utilidades.

CUARTO: 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.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por **PORVENIR S.A.**, **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES**, conforme a lo motivado.

SEXTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de la **AFP PORVENIR S.A.** Líquidense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.700.000. Sin costas en contra de **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**

Fundamentó su decisión, haciendo referencia a lo dispuesto en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; posteriormente, hizo un recuento histórico de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral relacionadas con el deber de información al momento del traslado del régimen pensional; indicando que dicha obligación está en cabeza de las AFP.

Concluyó, que en el presente caso de acuerdo con las pruebas allegadas no se evidenciaba el cumplimiento de ese deber de información; que como prueba la AFP Porvenir había aportado el formulario de afiliación del cual no se podía evidenciar el cumplimiento de dicho requisito, pues se trataba de un formato pre impreso; además del interrogatorio de parte rendido por el actor no se había obtenido ninguna confesión, pues si bien había señalado algunas características del RAIS por su profesión de abogado, la misma no era suficiente para establecer que al momento del traslado la entidad accionada acreditó su deber legal de información; por consiguiente, declaró ineficaz el traslado efectuado por el accionante al RAIS.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación en el cual argumentó, que no existe razón para declarar la ineficacia del traslado por ausencia de información cuanto no le era obligatorio a la entidad brindar la misma, teniendo en cuenta lo dispuesto en la circular 19 de 1998 de la Superintendencia de Colombia que tenía como única exigencia que el usuario manifestará su voluntad a través del formulario de afiliación de acuerdo con las disposiciones vigentes sobre el particular.

Añadió, que tampoco resultaba acertado declararse la ineficacia del traslado por falta de consentimiento o por vicios en el mismo, toda vez que Porvenir brindó al actor una asesoría oportuna en donde le informó ampliamente sobre las consecuencias de su decisión, tal y como había quedado plasmado en el formulario suscrito por el señor Luis René, lo cual había dado lugar al fenómeno establecido en el artículo 1757 y siguientes del Código Civil, relativos al saneamiento del consentimiento o ratificación tácita, al efectuar aportes al RAIS de manera libre y voluntaria; debiéndose tener en cuenta que la entidad no estaba obligada a realizar simulaciones pensionales y que de la misma se dejara constancia.

Arguyó, que tampoco era dable ordenarse el traslado de los gastos de administración, pues este descuento también se deba en el RPM, aunado a que no formaba parte integral de la pensión de vejez , por ello estaban sujetos a la prescripción;

de igual manera debía tenerse en cuenta que en concepto emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia del año 2020, se dijo que lo único que debía trasladarse era los aportes y rendimientos que se encontraran en la cuenta individual del afiliado, sin que procediera la devolución de la prima se seguro previsional, ya que la compañía aseguradora había cumplido con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza y tampoco la comisión de administración, pues ello configuraba un enriquecimiento sin justa causa.

PROTECCIÓN S.A. interpuso recurso de apelación de manera parcial en cuando a la condena correspondiente al traslado de las cuotas de administración y de seguros previsionales, en donde señaló que eran dineros legales que se descontaban en ambos regímenes pensionales, además que conforme a la ley debían depositarse en cuentas diferentes que tenían como destinación financiar el funcionamiento de los fondos, pero no de la mesada pensional.

Recalcó, que si como consecuencia de la declaratoria de traslado se entendía que el negocio jurídico nunca se dio, ello conllevaría únicamente el traslado de los aportes más los rendimientos que se hubieren generado, de manera que ordenarse lo contrario Colpensiones estaría incurriendo en un enriquecimiento sin causa; aunado a que debía darse aplicación al fenómeno de la prescripción en cuanto a las cuotas de administración al ser obligaciones de tracto sucesivo que no afectaban el valor de la mesada pensional.

COLPENSIONES S.A. argumentó su recurso señalando que no se había demostrado los vicios del consentimiento con el traslado de régimen. De otro lado, la decisión quebrantaba el principio de sostenibilidad financiera de aquellas personas que han venido aportando al sistema; considerando que en caso de confirmarse la declaratoria del traslado, la AFP debía pagar el cálculo actuarial para aminorar la descapitalización del sistema.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por Porvenir S.A., Protección 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 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 LUIS RENÉ LUZARDO TRIANA se afilió al ISS donde aportó desde el 1 de marzo de 1982, hasta el 31 de enero de 1999, un total de 231,14 semanas de cotización (Exp. Digital – PDF 10-pág. 42); *ii)* que el **16 de mayo de 1997**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Porvenir S.A. (Exp. Digital – PDF 009 - pág. 73), vinculación que se hizo efectiva a partir del 1 de julio de 1997, *iii)* que posteriormente se trasladó a la AFP Colpatria el 10 de diciembre de 1998; a la AFP Horizonte S.A. el 29 de enero de 2000, a la AFP ING hoy Protección S.A. el 3 de febrero de 2002, y *iv)* que retornó a la AFP Porvenir S.A. el 17 de julio de 2003, entidad en cual se encuentra vinculado actualmente (Exp. Digital – PDF 008 – certificado ASOFONDOS).

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).

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

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

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**16 de 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 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, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Porvenir S.A., suscrito el **16 de mayo de 1997**, 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.

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 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); aún más cuando ni siquiera dio contestación a la demanda.

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.

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 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); tal y como fue ordenado por la Juez de primera instancia; 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 Protección S.A., 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).

En consecuencia, se **confirmará** la decisión del a quo frente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen realizado el **16 de mayo de 1997**, al RAIS a través de

la AFP Porvenir S.A., con todas las consecuencias jurídicas impuestas en primera instancia.

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 prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

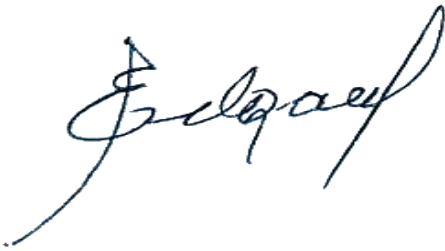
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

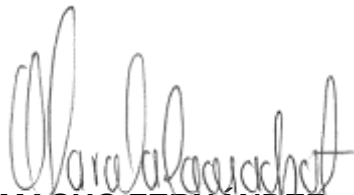
PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas.

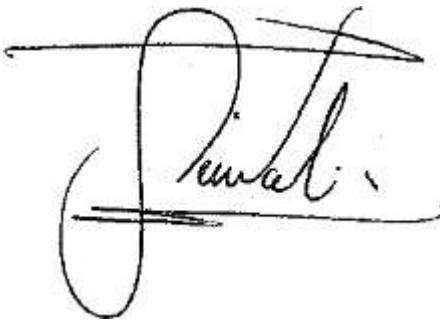
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



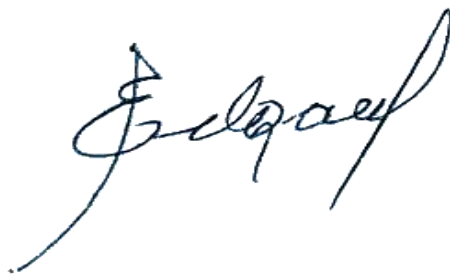
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir, 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 AMPARO LARROTA CELY CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, AFP PORVENIR, PROTECCIÓN S.A. Y OLD MUTUAL

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre 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 **AMPARO LARROTA CELY**, se declare las entidades demandadas la asesoraron de manera errada e inadecuadamente, sin un análisis juicioso y profesional sobre las reales circunstancias y las desventajas que implicaba el traslado de régimen.

Como consecuencia, se ordene a la AFP Porvenir S.A. a trasladarla al RPM junto con todos los aportes, rendimientos y semanas cotizadas a Colpensiones; que se ordene a Colpensiones a aceptarla en dicho régimen; que se condene al pago de costas y agencias en derecho, y lo que resulte probado ultra y extra petita (Exp. Digital – PDF 001).

Como hechos fundamento de las pretensiones (Exp. Digital – PDF 001), señaló en síntesis, que nació el 21 de febrero de 1964; que de acuerdo a la historia laboral expedida por Porvenir S.A. estuvo vinculada con FORMIT DE COLOMBIA para el 11 de octubre de 1984, efectuando aportes al ISS; que para el 1 de junio de 1995, por una mala asesoría se trasladó al RAIS.

Narró, que atendiendo las recomendaciones del ejecutivo de cuenta de Protección S.A. se trasladó de régimen, bajo la expectativa de que si se trasladaba no perdería ningún beneficio, sino que podría pensionarse antes de la edad requerida, que tendería derecho a excedentes de libre disponibilidad y recibiría una pensión con un monto mayor.

Añadió, que se trasladó a OLD MUTUAL en julio de 1996, y a Porvenir S.A. el 26 de septiembre de 2012; que ha cotizado al sistema general de pensiones un total de 1.566 semanas; que antes del cumplir los 47 años de edad ninguna de las demandadas le advirtió sobre la posibilidad de trasladarse al RPM; que el 8 de abril de 2019, solicitó ante Colpensiones del traslado de régimen, el cual le fue negado.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS hoy SKANDIA S.A. contestó (Exp. Digital- PDF 01 – pág. 120), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó la vinculación de la demandante a dicho fondo; no aceptó los hechos 10, 11 y 18, y dijo no constarle los demás. Propuso como excepciones de fondo, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó, ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares, ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y genérica.

PORVENIR S.A. contestó (Exp. Digital- PDF 01- pág. 178), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó fecha de nacimiento del demandante, afiliación a dicho fondo, petición y respuesta; respecto de los demás manifestó no ser ciertos los numerales 8, 10, 16, 17 y 18; 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.

PROTECCIÓN S.A. contestó (Exp. Digital- PDF 06), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó fecha de nacimiento de la demandante; en relación a los demás, dijo no ser ciertos los numerales 3, 4, 17 y 18; y no constarle los demás. 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 a 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 la innominada o genérica.

COLPENSIONES contestó (Exp. Digital- PDF 002), igualmente oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En relación a los hechos, aceptó fecha de nacimiento de la actora, aportes efectuados por ella en dicho régimen, traslado a los otros fondos demandados, aportes efectuados en el sistema general de pensiones, petición y respuesta; en cuanto a los restantes, dijo no constarle. Propuso como excepciones de fondo, 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 y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 8 de marzo de 2022 (Exp. Digital – PDF 29), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por la señora AMPARO LARROTA CELY con C.C. No. 51.727.379, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 27 de mayo de 1995. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A. fondo al que se encuentra afiliada actualmente la demandante, a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos, los bonos pensionales. El porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Así mismo, se le condenará a la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, debidamente indexados a la fecha de entrega a COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A. Y AFP SKANDIA 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 debidamente indexadas, conforme quedó explicado precedentemente.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir los dineros provenientes de PROTECCIÓN S. A, SKANDIA S. A Y PORVENIR S.A. efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, conforme quedó explicado en esta providencia

QUINTO: DECLARAR que COLPENSIONES bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación

pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

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

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a las demandadas **PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A., y PORVENIR S.A.**, Fíjese como agencias en derecho cada una en la suma de \$2.000.000.

Fundamentó su decisión, haciendo un recuento del marco normativo en relación a la selección del régimen pensional, indicando que cuya característica fundamental se encuentra prevista en literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; de igual manera, hizo referencia al artículo 271 de la misma ley y al Decreto 663 de 1993; seguidamente, citó diferencias sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral relacionadas con el tema.

Consideró, que el deber de información según las reglas jurisprudenciales descritas de acuerdo a la época con la que se efectuaba el traslado, incluía la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conllevaba a dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, del análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado de los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pudiera emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le convenía y, por lo tanto, de lo que podría perjudicarle, sin importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición.

En cuanto al caso en concreto, sostuvo que a la AFP Protección le incumbía el deber dispuesto en el artículo 167 del CGP, sin que del caudal probatorio se pudiera evidenciar que al momento del traslado a la demandante se le hubiera brindado una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional que le permitiera conocer los efectos de trasladarse con atención a su situación pensional, lo cual tampoco había quedado demostrado con el interrogatorio de parte, pues del mismo no se había conseguido ninguna confesión, sin que fuera suficiente el formulario de afiliación para dar cumplimiento a dicho deber; bajo tales aspectos declaró ineficaz el traslado de régimen que hizo la actora.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación argumentando que para el momento en que se efectuó dicho traslado, esto es, para el año 1995, con la administradora Protección, se cumplieron todas las obligaciones legales que estaban vigentes; que debía tenerse en cuenta que cuando se efectuó el traslado con Porvenir S.A., la demandante ya tenía 48 años de edad, es decir, ya estaba con menos de 10 años para cumplir la edad de pensión; por este motivo, no podía trasladarse a Colpensiones tal y como lo había señalado en su interrogatorio de parte, siendo recibida por la entidad de buena fe, de tal manera que no era dable que fuera condenada al pago de costas, devolución de los gastos de administración, primas, bonos, rendimientos y todos los frutos e intereses; cuando su única opción era recibirla como afiliada, toda vez que ya se encontraba inmersa en la prohibición legal de trasladarse; además de no ser la entidad que efectuó el traslado de régimen.

Adicionalmente, señaló que el artículo 20 de la ley 100 de 1993, establece las obligaciones que tienen las AFP de efectuar descuentos de ciertos conceptos como gastos de administración, primas de seguros, entre otros, por lo que la condena a la devolución de estos valores supone una decisión desproporcionada.

SKANDIA S.A. manifestó su descontento en la decisión de primera instancia específicamente en tener que devolver a Colpensiones el dinero descontado a la demandante durante el tiempo que estuvo afiliada dicha entidad por concepto de gastos de administración debidamente indexados, toda vez que conforme el artículo 20 de la ley 100 de 1993, en los dos regímenes pensionales se puede realizar el descuento de los gastos de administración; que la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la consecuencia de declararse la ineficacia del traslado es el regreso automático de las cosas al estado inicial, debiéndose hacer un estudio de una ponderación objetiva en cuanto a conceptos como restituciones mutuas, confianza legítima y buena fe.

Adujo, que debe tenerse en cuenta que la comisión de administración no es del afiliado, como tampoco está destinado a financiar la pensión de vejez; por lo tanto, devolverle dicho rubro a Colpensiones sería generarle un enriquecimiento sin justa causa; enfatizó que debe considerarse también que la entidad le generó a la actora una rentabilidad.

En cuanto a la condenada a la indexación, señaló, que debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la sentencia 00161 del 13 de mayo del 2010, de la Corte Suprema de justicia Sala Laboral, concluyendo que en este caso resultaba incompatible tener que devolver las sumas indexadas, pues los recursos que en algún momento estuvieron en

la cuenta de ahorro individual y generaron unos rendimientos por la efectiva administración, no se vieron afectados por la inflación, por el contrario, generaron unos rendimientos que en su debido momento beneficiaron a la demandante.

PROTECCIÓN S.A. sustentó su recurso manifestando su inconformidad respecto de la condena de devolver las comisiones de administración y las primas de seguros previsionales, al ser descuentos autorizados en la ley; que de ordenarse su devolución se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante; además, de ser el fruto de la buena gestión de administración realizada la entidad, por lo que tiene derecho a conservarlos como restitución mutua su favor.

Sostuvo, que sobre el tema debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el Decreto 2555 del 2010, y el concepto emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia, en donde se establece que no debe trasladarse la prima del seguro previsional, en atención a que dicho porcentaje ya fue sufragado y la compañía aseguradora cumplió con su deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza. Finalmente, enfatizó que frente al cobro del 3% destinado para la comisión de administración y primas seguro previsional opera la prescripción, toda vez que son conceptos que se van descontando y que no financian directamente la pensión de vejez.

COLPENSIONES sustentó su recurso arguyendo que la demandante se encuentra en la prohibición legal de traslado, lo cual no viola ningún derecho pensional, ni mucho menos le extingue el mismo, siendo una normativa que se encuentra vigente y no ha sido declarada inexecutable por la Corte Constitucional, razón por la cual no entiende por qué la Juez elabora una interpretación prescriptiva distintiva de este término y no lo aplica de manera exegética, tal y como lo menciona la ley, más aún cuando preceptos constitucionales obligan a los jueces de la República a someterse al imperio de la ley y a usar la jurisprudencia como un criterio auxiliar.

Estableció, que la razón de la demandante para retornar al régimen de prima media con prestación definida era modificar el valor de su mesada pensional; frente a lo cual debía tenerse en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia ha señalado que cada caso debe analizarse de forma particular, no siendo el incremento de la mesada pensional una verdadera motivación para retornar al régimen de prima media bajo el concepto de una falta de la información, ya que era imposible para la época del traslado liquidar la mesada pensional. Por consiguiente, solicita se proteja el derecho de

defensa de Colpensiones, ya que la única normatividad que se encontraba vigente no es aplicada por los jueces.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por Porvenir S.A., Protección S.A., Skandia 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 Protección S.A. es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por el actor en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i) que** la señora AMPARO LARROTA CELY se afilió al ISS donde aportó desde el 30 de abril de 1990, hasta el 31 de mayo de 1995, un total de 260,86 semanas de cotización (Exp. Digital – PDF 01-pág. 27); **ii) que el 27 de mayo de 1995**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Protección S.A. (Exp. Digital – PDF 006 - pág. 27); y **iii) posteriormente**, se trasladó a la AFP Skandia S.A. el 30 de septiembre de 1996 (Exp. Digital – PDF 001 - pág. 152) y a la AFP Porvenir S.A. el 26 de septiembre de 2012 (Exp. Digital – PDF 001 – pág. 9), entidad en la 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).

Asimismo, 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 –**27 de mayo 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 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, verificado el expediente no se evidenció el formulario de afiliación de la demandante con la AFP Protección S.A., el cual fue suscrito el **27 de mayo de 1995**; no obstante, obran los demás formularios suscritos con las demás AFP de los cuales 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 dichas AFP cumplieron 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 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 SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); aún más cuando ni siquiera dio contestación a la demanda.

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. (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 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); tal y como fue ordenado por la Juez de primera instancia; 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. y Skandia S.A., pues así también lo ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral como se puede 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).

En consecuencia, se **confirmará** la decisión del a quo frente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen realizado el **27 de mayo de 1995**, al RAIS a través de la AFP Protección S.A., con todas las consecuencias jurídicas impuestas en primera instancia.

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 se hace extensible a los gastos de administración y sumas adicionales, por lo que dichas acreencias tampoco se ven afectadas por la prescripción.

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 prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

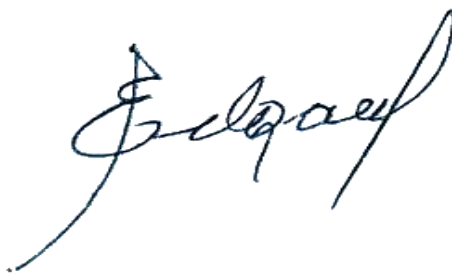
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas.

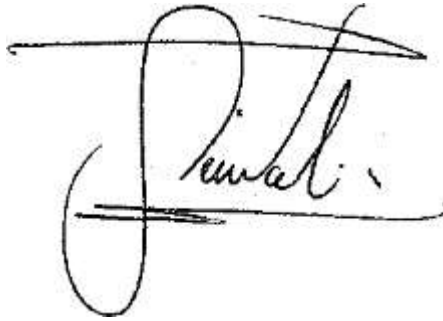
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir, Protección S.A., Skandia 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 ESPERANZA SUÁREZ GONZÁLEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.**

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre 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 **ESPERANZA SUÁREZ GONZÁLEZ**, se declare la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado el 11 de junio de 1996, a través de la AFP Protección S.A., por omitir el deber de información. En consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones tenerla entre sus afiliados como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático; y se **condene** a las demandadas ultra y extra petita y al pago de las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 5-6 archivo 1 exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 25 de agosto de 1966; que en junio de 1996 se trasladó del RPM al RAIS administrado por Protección S.A., que esta AFP le realizó una simulación pensional dentro del plan de vida bajo la modalidad de retiro

EXPEDIENTE No. 02202000212-01

programado en la cual le proyectó una mesada pensional para cuando cumpla 57 años de edad en valor de \$923.338; que realizada la proyección pensional en el RPM de haber continuado en este, a esa misma edad obtendría una mesada de \$3.869.080; que comparando dichas simulaciones se evidenciaba que su mesada era ostensiblemente mayor en el RPM; y que a la fecha contaba con 1.469 semanas.

Advirtió, que la AFP tenía la carga de probar que cumplió con el deber de informarla de manera veraz, oportuna, pertinente y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, así como los beneficios y consecuencias del mismo. Expuso, que agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones el 8 de agosto de 2019 solicitando la nulidad de su traslado al RAIS, pero que esa entidad le negó dicha petición.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó (archivo 9 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 actora, su traslado al RAIS, y que agotó la reclamación administrativa; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a otra entidad. Formuló como excepciones de fondo, la de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, e innominada o genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó (archivo 8 exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y su traslado al RAIS; frente a los demás, indicó a unos que no le constaban por corresponder a un tercero, o que no eran ciertos. Aclaró, que nos encontrábamos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; que conforme el formulario de vinculación que suscribió la señora ESPERANZA SUÁREZ GONZÁLEZ, este se realizó en forma libre, espontánea, sin presión y sin engaños, ya que la actora tuvo la suficiente ilustración para que optara por el traslado de régimen, cumpliendo con todos los requisitos de existencia y validez.

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, 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, 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 y la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 7 de diciembre de 2021 (archivo 16-17 exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO que realizó la señora ESPERANZA SUÁREZ GONZÁLEZ, identificada con cédula de ciudadanía No.39.718.160 a PROTECCIONES.A., el 11 de junio de 1996, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCIÓN 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 ESPERANZA SUÁREZ GONZÁLEZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 39.718.160, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos, intereses, esto es, con los rendimientos causados y gastos de administración, 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 fecha 10 de julio de 1995, 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 ESPERANZA SUÁREZ GONZÁLEZ, identificada con cédula de ciudadanía No.39.718.160, 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: CONDENAR EN COSTAS a la demandada PROTECCIÓN S.A., dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a un (01) salario mínimo legal mensual vigente.

SEXTO: Si no fuere apelado, CONSÚLTESE con el superior.

La *a quo*, empezó mencionando las pruebas allegadas al expediente, advirtiendo que no había discusión en que la demandante provenía del RPM al que se había afiliado el 10 de julio de 1995, y solicitó trasladarse al RAIS el 11 de junio

EXPEDIENTE No. 02202000212-01

de 1996. Seguidamente, estableció que el problema jurídico a resolver era determinar si había lugar a declarar la ineficacia del traslado y de la afiliación en pensiones de la demandante al RAIS efectuada el 11 de junio de 1996 a través de Protección S.A., con las consecuencias jurídicas que ello implica.

Argumento, que el literal b) del artículo 13, 270 y 271 de la Ley 100 de 1993, artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el 3° de la Ley 1328 de 1998, Decreto 2241 de 2010, Ley 1748 de 2014, el artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, la Circular Externa 016 de 2016, y en general las normas laborales, han evolucionado para establecer la obligación del deber de información a cargo de las AFP en tres etapas, la primera de 1993 al 2009, deber de información; la segunda, de 2009 a 2014, deber de información y buen consejo; y la tercera, del 2014 en adelante deber de información, buen consejo, y doble asesoría (sentencia CSJ SL2518-2021). Expuso que en la primera etapa debía como mínimo ilustrarse al ciudadano acerca 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.

Indicó, que en el campo de la seguridad social existía un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen, esto es, que previamente a dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación era insuficiente para dar por demostrado el deber de información (sentencia CSJ SL19447-2017).

Explicó, que las AFP no podían alegar que el traslado había sido libre y voluntario, cuando la persona desconocía la incidencia que dicho traslado traería sobre su derecho pensional, razón por la cual la suscripción del formulario de afiliación no constituye prueba suficiente de que el consentimiento del afiliado hubiese sido informado, radicando en cabeza de los fondos privados la obligación dar cuenta de que lo documentaron de manera clara y suficientemente de los efectos que puede ello acarrear, omisión que conducía inexorablemente a la declaratoria de ineficacia del traslado.

Al descender al caso concreto, indicó que el traslado de la demandante se surtió en la primera etapa del deber de información; que revisadas las pruebas allegadas al expediente, puntualmente el formulario de afiliación a Protección, el consolidado de aportes a esa AFP, y los interrogatorios de parte rendidos por la demandante y por la representante legal de Protección, no se podía establecer que esa AFP hubiese ilustrado a la demandante acerca de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, por ende, ello derivaba en la ineficacia del cambio de régimen pensional, con todas las consecuencias jurídicas.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** interpuso recurso de apelación únicamente en lo que tenía que ver con la devolución de gastos o comisiones de administración, argumentando que dichos descuentos se realizaron en aplicación a una disposición legal vigente y no por capricho de esa AFP; además, que estas cuotas ya se habían pagado de forma periódica mientras estuvo vigente la vinculación a ese fondo, por lo que, en caso de mantenerse la condena de devolver estos a Colpensiones, se debe proceder entonces a conservar todos los rendimientos generados en favor de la demandante, porque estos fueron el fruto de su buena gestión y administración.

Afirmó, que si la consecuencia de la ineficacia era volver las cosas al estado anterior, en estricto sentido se debía entender que el contrato de afiliación a esa AFP no había existido, que nunca había administrado sus recursos y, por ende, no se podía cobrar esa comisión, luego los rendimientos tampoco se causaron, ya que estos se causaban exclusivamente en el RAIS por mandato de la Ley.

Expuso, respecto de la prima de seguro previsional, que esta, ya había sido girada a una aseguradora mes a mes, la que ha protegido a la actora durante el tiempo que ha estado afiliada a Protección en caso de siniestro de invalidez o muerte, por lo que esa entidad se encuentra imposibilitada para solicitar el reintegro de esas primas, para devolvérselas a Colpensiones, pues la aseguradora es un tercero de buena fe que no tuvo nada que ver en el contrato que suscribieron la demandante y Protección.

Colpensiones, también interpuso recurso de apelación afirmando que hubo una indebida valoración del interrogatorio de parte rendido por la actora, porque de

EXPEDIENTE No. 02202000212-01

este se evidenciaban «*ciertos indicios que indican que, si existió esa información clara, necesaria y oportuna*», pues no podía obviarse que el traslado ocurrió en 1996 y el interrogatorio se recaudó en el 2021, por lo que al ser la asesoría verbal era lógico que olvidara algunas cosas o que con su dicho buscara ciertas ventajas en su favor al señalar que no se le brindó cierta información, por lo que en aplicación del principio de buena fe se podía dar por establecido que se le dio una asesoría precontractual de manera satisfactoria como lo confesó la demandante en el citado interrogatorio.

Señaló, que en el artículo 1750 del CC, estableció un término para ejercer la acción judicial cuando se pretende la nulidad del contrato, en este caso, la afiliación o traslado por vicios en el consentimiento, lo cual no se hizo dentro de ese plazo, saneando con ello la nulidad pretendida.

Expuso, que en este proceso también estaban acreditados unos actos de relacionamiento, que son la convicción de pertenecer a este fondo, pues en el interrogatorio de parte rendido por la demandante se evidencia que estaba convencida de pertenecer a Protección desde 1996, no tenía ningún error pensando de pronto que estaba en el RPM o que su afiliación tenía otras características, sumado a que: *i)* tuvo una asesoría posterior donde se le indicó cual iba a ser el monto de su mesada pensional; y *ii)* recibió extractos de su cuenta, situaciones que llevan al convencimiento pleno de que ella se encontraba satisfecha con el régimen elegido.

Consideró, que es imposible para la AFP probar que clase de información le entregó a la actora en una asesoría verbal dada en 1996, pues era impredecible que la demandante 26 años después se fuese a encontrar insatisfecha con la información a ella entregada.

Recalcó, que existe una prohibición legal de trasladarse de régimen pensional cuando al afiliado le faltaren diez años o menos para llegar a la edad mínima de pensión, la cual fue desconocida por el a quo, porque la demandante ya se encontraba inmersa en esta al momento de solicitar la ineficacia del traslado. Agregó, acudiendo al principio de la sostenibilidad financiera, que la ineficacia del traslado era inviable, porque nadie podía resultar subsidiado a costa de recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados de este esquema.

CONSIDERACIONES

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

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora ESPERANZA SUÁREZ GONZÁLEZ nació el 25 de agosto de 1966 (f.º 11 archivo 1 exp. digital); *ii)* que estuvo vinculada al Ministerio de Defensa Nacional – Fuerza Aérea Colombiana entre el 15 de marzo y el 22 de septiembre de 1994 (CETIL f.º 19-20 archivo 1 exp. Digital); *iii)* que se afilió al ISS donde aportó desde el **1º de julio de 1995** hasta el 30 de junio de 1996, un total de 47 semanas, según resumen de historia laboral expedida por Colpensiones (archivo 9, exp. Administrativo); y *iv)* que el **11 de junio de 1996**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Protección S.A. (f.º 29 archivo 8 exp. Digital), el cual se hizo efectivo a partir del 1º de agosto de 1996, según certificado SIAFP (f.º 30 archivo 8 exp. Digital), en la que se encuentra actualmente, acreditando para mayo de 2021 un total de 1.306,57 semanas.

Resulta pertinente aclarar que si bien en este asunto, la señora SUÁREZ GONZÁLEZ realizó la selección inicial de régimen pensional el 1º de julio de 1995 eligiendo pertenecer al RPM, y que el traslado al RAIS a través de la AFP Protección se efectuó el **11 de junio de 1996**, esto es, sin respetar los tres años de permanencia mínima exigida en la Ley, lo cierto es que dicho conflicto fue resuelto, resultando la demandante asignada al RAIS por Decreto 3995 de 2008, conforme se lee en la historia laboral expedida por Colpensiones, así:



COLPENSIONES Nit 900.336.004-7

REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES

PERIODO DE INFORME: Enero 1967 junio/2021

ACTUALIZADO A: 16 junio 2021

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento:	Cédula de Ciudadanía	Fecha de Nacimiento:	25/08/1971
Número de Documento:	39718160	Fecha Afiliación:	10/07/1995
Nombre:	ESPERANZA SUAREZ GONZALEZ	Correo Electrónico:	espesuarez37@gmail.com
Dirección:	Calle 181 C # 11 29 Int 6 Apto 302	Ubicación:	
Estado Afiliación:	Asignado al RAI por Decreto 3995/2008		

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 Protección S.A., es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por la actora en el RAIS.

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 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

EXPEDIENTE No. 02202000212-01

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 **–11 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 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 11 de junio de 1996, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante,

EXPEDIENTE No. 02202000212-01

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 la demandante según lo señala la apoderada de Colpensiones, prueba sobre la que funda su recurso de alzada, esta Sala con el fin de atender su inconformidad, transcribe literalmente el interrogatorio de parte rendido por la actora, a fin de verificar si a esta al momento del traslado de régimen el 11/06/1996, se le dio ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales. En la práctica de dicha prueba, se dijo:

Interroga apoderada AFP Protección.

1. *¿En qué condiciones se dio su afiliación a Protección? **R/:** Un asesor asistió a la empresa para la cual yo trabajaba en ese momento, a explicarnos los beneficios que podíamos adquirir al trasladarnos del ISS al fondo privado*
2. *¿Indique que beneficios le explicaron en ese momento? **R/:** uno de los beneficios era que me podía pensionar más joven, y que podía recibir un monto de pensión igual o superior al que podía recibir.*
3. *¿Indique si esa asesoría se dio de manera individual o grupal? **R/:** La asesoría fue grupal*
4. *¿Indique que diferencias encontró en ese momento entre el ISS y Protección? **R/:** Es que en ese momento nos dijeron que el ISS se iba a acabar, entonces pues, ante el hecho de que se iba a acabar el ISS y que nos estaba brindando una asesoría con unos beneficios, pues eso fue lo que vi.*
5. *¿Le explicaron que esos dineros generarían rendimientos al hacer el traslado a Protección? **R/:** No señora.*

EXPEDIENTE No. 02202000212-01

6. ¿Le explicaron que pasaría con las semanas que usted ya había cotizado en el ISS? **R/:** No señora.
7. ¿Usted recuerda haber firmado algo concerniente a su bono pensional? **R/:** No señora.
8. ¿Le explicaron que su pensión podría ser heredable en caso de que usted muriera? **R/:** No señora
9. ¿Indique si usted se sintió coaccionada u obligada por alguien para firmar el formato de afiliación a Protección? **R/:** No, yo firme el formulario con la información que me dieron.
10. ¿Usted recibe los extractos pensionales por parte de Protección? Si, en este momento
11. ¿Los revisa? **R/:** Si los revisé.
12. ¿Usted se acercó en algún momento a Protección a que le aclararan dudas que le hubiesen quedado al momento de la afiliación? **R/:** No señora.
13. ¿Usted dice que para usted fue determinante la información de que se podía pensionar a menor edad, pues informe si usted se acercó a Protección a obtener la pensión a menor edad? **R/:** No, no me acerque, sencillamente me quede con la información que me dio el asesor.
14. ¿Informe porque no se acercó a obtener la pensión anticipada si para usted esto fue determinante para usted al momento del traslado? **R/:** No fui, no tuve la necesidad, sencillamente creí la información que él me dio.
15. ¿Usted en algún momento se ha acercado a Protección a que le digan cual sería la pensión que usted obtendría? **R/:** No señora.
16. ¿Indique si usted busco en algún momento retornar a Colpensiones? **R/:** No señora.
17. ¿Indique por qué? **R/:** No, yo creí en lo que el asesor me dijo, y pues me entere hace dos años como iba a quedar mi pensión.
18. ¿Que la lleva a quererse trasladar actualmente a Colpensiones? **R/:** Quiero trasladarme porque me siento engañada por la asesoría que nos dieron
19. Indique cual de la información que le dieron en el año 1996 usted siente que no es cierta? **R/:** pues, que hoy en día la edad de pensión es 57 años, entonces no es que uno se pueda pensionar antes de la edad, uno se tiene que pensionar a los 57 años y con unas semanas de cotización que son 1.300.
20. ¿Usted se ha acercado a verificar esta información en protección? **R/:** No, un asesor Protección hace dos años fue a mi oficina a decirme cual era mi monto pensional.

Interroga apoderada Colpensiones

1. ¿Manifieste si es cierto o no que su mayor motivación para realizar el traslado es el monto de su mesada pensional? **R/:** Es el engaño del cual fui objeto.
2. ¿Por qué allego con su demanda simulaciones pensionales, buscando establecer diferencias entre una y otra? **R/:** Porque mi abogado me asesoró en el monto que yo iba a recibir en Colpensiones.
3. ¿Manifieste cuál es el engaño que Protección le ha causado a la hora de brindarle información para el año 1996? **R/:** Me engañaron porque me dijeron que podía pensionarme más joven y que podía recibir un monto pensional más alto.
4. ¿Manifieste si para el año 1996 tenía conocimiento de cuáles eran los requisitos para pensionarse en el régimen de prima media, esto es, Colpensiones, edad y semanas? **R/:** No

EXPEDIENTE No. 02202000212-01

5. *¿Manifieste si para la fecha en que está solicitando el traslado tiene conocimiento de cuáles serían los beneficios o los requisitos para pensionarse en el RPM Colpensiones? **RI:** La edad son 57 años y las semanas 1.300*
6. *¿Manifieste desde que fecha tiene conocimiento de estos requisitos? **RI:** Tengo conocimiento por la asesoría que recibí de mi abogado*
7. *¿Manifieste su la información suministra en 1996 fue suficiente para realizar su traslado? **RI:** Pues recibí una asesoría y yo creí en el señor que nos estaba asesorando en la empresa*
8. *¿Manifieste porque no retorno al RPM cuando se dio cuenta que el ISS no se acabó, sino que se convirtió en Colpensiones? **RI:** No, yo seguí creyendo en lo que me habían informado.*
9. *¿Manifieste si en todo este tiempo que ha estado afiliada en Protección, siempre tuvo conocimiento de que se encontraba en el RAIS Protección cotizando para pensión? **RI:** Si señora*
10. *¿Manifieste si usted recibió algún tipo de pensión o reconocimiento monetario por parte de ese fondo? **RI:** No señora.*

No más preguntas

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 la demandante informa que solo le dijeron que se podía pensionar de forma anticipada sin más detalles, y que su mesada sería igual o superior sin explicarle como se financiaba la misma, luego ello de ninguna manera implica que hubiese confesado que el asesor de Protección 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 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, debía probar en este proceso y no lo hizo.

De otro lado, respecto de los actos de relacionamiento referidos por Colpensiones para afirmar que la demandante tenía la convicción de pertenecer al RAIS, tales como que recibió una asesoría para saber cuál era el valor de su mesada pensional, y que recibía los extractos de su cuenta por parte de Protección, sumado a que llevaba más de 26 años afiliada a ese régimen, se advierte que, en los eventos en que el afiliado pretende la ineficacia del traslado por omisión de la AFP al deber de información, lo que debe verificarse por parte de los jueces es si en la etapa precontractual, es decir, si previo a la firma del formulario de traslado la AFP informó adecuada, suficiente, clara, transparente y detalladamente al usuario

EXPEDIENTE No. 02202000212-01

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 solo así el consentimiento del afiliado se considera informado.

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.

Y es que tampoco podría sostenerse que, al no haber retornado al RPM, es porque conocía a cabalidad las características del RAIS, y por ende, se concluya que su voluntad era 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).*

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

EXPEDIENTE No. 02202000212-01

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

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

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

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, 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 el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de condenar 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

EXPEDIENTE No. 02202000212-01

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 PROTECCIÓN 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 EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo 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. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer

EXPEDIENTE No. 02202000212-01

discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

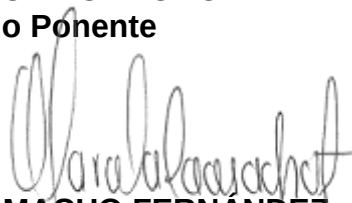
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada.

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

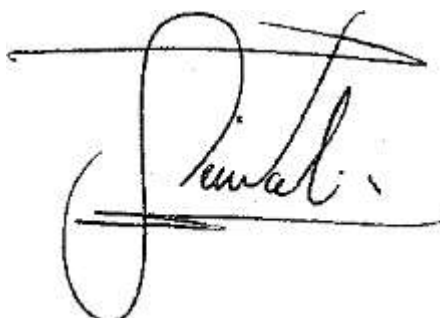
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



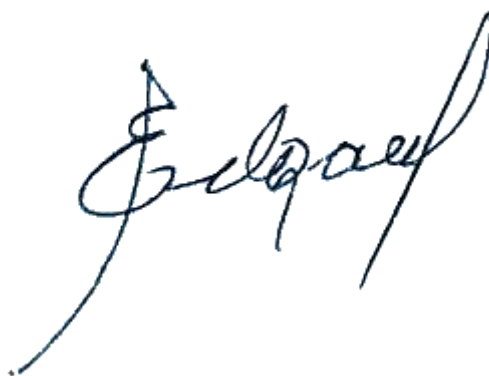
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Protección S.A., y Colpensiones, la suma de \$1.000.000 a 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 LUZ MARITZA PÉREZ BERMÚDEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.**

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre 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 **LUZ MARITZA PÉREZ BERMÚDEZ**, 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 la AFP Protección S.A., por omitir el deber de información. En consecuencia, se **condene** a Protección a trasladar los aportes realizados en ese régimen a Colpensiones; que se **ordene** a Colpensiones aceptar esos aportes y registrarla como afiliada al RPM sin solución de continuidad desde el 1° de abril de 1986; que se **condene** a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 3-5 exp. Físico), señaló en síntesis, que se afilió al ISS el 1° de abril de 1986, en donde aportó 616,85 semanas; que se trasladó al RAIS en el mes de enero de 1999, mediante la

EXPEDIENTE No. 07201900385-01

suscripción de un formulario de afiliación con la AFP Protección, en donde continúa afiliada hasta la fecha, que al momento de esta vinculación el asesor: *i)* le indicó que no se iba a poder pensionar, ya que el ISS se iba a acabar; *ii)* no le informó que el valor de su mesada pensional sería inferior a lo que recibiría en el RPM; *iii)* no le realizó una proyección que le permitiera contar con la información completa sobre el valor de su mesada; *iv)* le manifestó que se podía pensionar a cualquier edad, sin explicarle la afectación que ello tendría sobre su mesada pensional y el bono pensional; *v)* no le comunicó las desventajas del RAIS; y *vi)* le entregó información de forma sesgada y parcializada con el fin de concretar su traslado y así recibir la comisión correspondiente.

Narró, que cumplió 47 años de edad el 30 de agosto de 2010, data a la cual la AFP Protección no la asesoró acerca de la oportunidad que tenía de regresar al RPM, ni de la prohibición de efectuar un traslado de régimen una vez cumplida esa edad; que en la actualidad tiene cotizadas mas de 1.345,43 semanas. Agregó, que en mayo de 2017, radicó ante Colpensiones formulario de traslado de régimen, pero que esa entidad le indicó que no era procedente, por cuanto se encontraba a menos de diez años para cumplir la edad mínima de pensión.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó (f.º 97-130 exp. Físico), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó la fecha de afiliación a esa entidad, el número de semanas cotizadas, y que la actora radicó formulario de traslado al RPM, pero que este fue negado; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a otra entidad. Formuló como excepciones de fondo, la 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 y la innominada o genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó (f.º 153-161 exp. físico), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó el traslado del RPM al RAIS mediante la firma de un formulario de afiliación el 16 de diciembre de 1998, que en la actualidad continúa allí vinculada y cuanta con 1.345,43 semanas; frente a los demás, indicó a unos que no le constaban por corresponder a un tercero,

EXPEDIENTE No. 07201900385-01

o que no eran ciertos. Aclaró, que si informó a la actora de forma completa, objetiva, suficiente y oportuna sobre las características, ventajas y desventajas del RAIS, para que ella tomara una decisión libre y espontánea, como en efecto lo hizo.

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 y la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 22 de enero de 2021 (archivo 8-9 exp. digital), resolvió:

PRIMERO: *Declarar la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por:*

- *La señora LUZ MARITZA PÉREZ BERMÚDEZ con la AFP PROTECCIÓN S.A., el 16 de DICIEMBRE de 1998 En formulario No. 0411270.*

SEGUNDO: *ORDENAR a PROTECCIÓN a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora LUZ MARITZA PÉREZ BERMÚDEZ dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.*

TERCERO: *Igualmente, PROTECCIÓN deben incluir todos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales de la demandante, valores que debe ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados a título de actualización monetaria.*

CUARTO: *ORDENAR a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la demandante desde su afiliación inicial al ISS.*

QUINTO: *Se declaran no probadas las excepciones presentadas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.*

SEXTO: *Se condena en costas a los fondos demandados y a favor de la demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMLMV, al momento del pago, a cargo de cada uno de los fondos, no hay lugar a condena en costas a cargo de Colpensiones*

Fundamentó su decisión, en que en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, y CSJ SL, 9 sep. 2008, rad 31314, se dieron unos parámetros sobre el tema bajo estudio, posiciones que venían siendo reiteradas hasta la fecha, que en dichas providencias se expresó que la información dada al potencial afiliado debía comprender todas las etapas del proceso desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Expuso, que en armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, aplicable a las AFP desde su creación en su artículo 97 consagraba la obligación de estas 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 y poder tomar decisiones informadas.

Concluyó, que las AFP desde su creación tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria mediante la entrega de información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles del mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses, pues no se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público. Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado.

Expuso, que la información necesaria hacía referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Informó, que en la sentencia CSJ SL1452-2019, se fijó la evolución de ese deber de información el cual con el paso del tiempo fue acumulando más obligaciones, estableciéndose 3 etapas, entre 1993 y 2009, del 2009 al 2014, y a partir del 2014, en adelante; determinó que el traslado de la actora se enmarcaba

EXPEDIENTE No. 07201900385-01

en la primera etapa en virtud de que su traslado se dio en 1998, por lo que Protección S.A., debía ilustrar al ciudadano acerca de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluía dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Seguidamente, expresó que Protección tenía la carga de demostrar que había entregado a la demandante la información referida, a la data de su vinculación con esa AFP.

Al descender al caso concreto, encontró que la demandante se había trasladado al RAIS a través de Davivir hoy Protección mediante formulario suscrito el 16 de diciembre de 1998, y que en el trámite procesal no se había aportado prueba alguna que acreditara la información entregada a la actora para esa calenda, ni de la formación o conocimientos en temas pensionales que tenía la asesora de Davivir que le realizó el traslado de régimen; en consecuencia, determinó que operaba la ineficacia del traslado del RPM al RAIS realizado en el año 1998.

RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones, interpuso recurso de apelación afirmando que la demandante no acreditó un vicio en el consentimiento, esto es, error, fuerza o dolo, conforme el artículo 1740 del CC. Señaló que se estaba frente a un error sobre un punto de derecho que no tenía la fuerza legal para repercutir en la validez del traslado, por no tratarse de un «*error dirimente*», que es aquel que afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión.

Expuso, que por parte de la demandante existió una ratificación expresa y tácita de sanear algún presunto vicio o ineficacia del traslado conforme el artículo 1754 del CC, porque de forma voluntaria autorizó un traslado de régimen. Agregó que no era viable acceder a la ineficacia solo porque la mesada pensional de la demandante en el RAIS no estaba acorde con sus aspiraciones económicas, ya que si ella había elegido ese régimen de forma voluntaria conforme lo dejó plasmado en el formulario de afiliación debía acogerse a él.

Indicó, que conforme el principio de la descapitalización del sistema, en materia de traslado de régimen, nadie podía resultar subsidiado a costa de recursos ahorrados de manera obligatoria de otros afiliados, porque de ser así el RPM se descapitalizaría. Adicionó, que la declaratoria de ineficacia del traslado afectaba la

EXPEDIENTE No. 07201900385-01

sostenibilidad financiera del sistema y ponía en peligro los derechos fundamentales a la seguridad social de los demás afiliados.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.**, también interpuso recurso de apelación únicamente frente al numeral 3° del resuelve de la decisión de primera instancia, argumentando que durante todo el tiempo de vinculación de la demandante a ese fondo, ha administrado sus recursos con la mayor diligencia y cuidado, lo que se veía reflejado en los altos rendimientos financieros que su capital a generado, por lo que en su concepto, en este caso solo era procedente la devolución del capital ahorrado más los rendimientos financieros.

Explicó, que no era procedente devolver los gastos de administración, porque se trataban de comisiones ya causadas, descontadas con apego a la Ley 100 de 1993, las cuales de encontrarse la afiliada en Colpensiones igualmente hubiesen sido cobrados. Que en ese orden de ideas, si la consecuencia de la ineficacia era volver las cosas al estado anterior, en estricto sentido se debía entender que el contrato de afiliación a esa AFP no había existido, que nunca había administrado sus recursos y por ende no se podía cobrar esa comisión, luego los rendimientos tampoco se causaron.

Señaló, que conforme la teoría de las restituciones mutuas, si bien el contrato estaba afectado por la figura de la ineficacia, el bien administrado había generado unos frutos y/o mejoras, es decir, los rendimientos, y en virtud de ello, debía conservar los gastos de administración. Agregó que Colpensiones al recibir el capital, los rendimientos y los gastos de administración está incurriendo en un enriquecimiento sin justa causa en favor de la actora.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la AFP Protección S.A. y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, 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 Davivir hoy Protección S.A., es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora LUZ MARITZA PÉREZ BERMÚDEZ nació el 30 de agosto de 1963 (f.º 23 exp. Físico); *ii)* que se afilió al ISS donde aportó desde el 1º de abril de 1986, hasta el 31 de diciembre de 1998, un total de 616,86 semanas, según resumen de historia laboral expedida por Colpensiones (f.º 71 exp. Físico y CD f.º 153); y *iii)* que el **16 de diciembre de 1998**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Davivir hoy Protección S.A. (f.º 180 exp. físico), el cual se hizo efectivo a partir del 1º de febrero de 1999, según certificado SIAFP (f.º 162 exp. Físico), en la que se encuentra actualmente, acreditando para octubre de 2019 un total de 1.691,29 semanas.

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Davivir suscrito el 16 de diciembre de 1998, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

De otro lado, debe hacerse claridad que la ineficacia de traslado declarada por el *a quo*, no se fundó en si la mesada pensional de la demandante en un régimen era inferior o en el otro, sino en el incumplimiento del deber de información al momento del traslado de régimen, lo cual es acertado, como quiera que 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

EXPEDIENTE No. 07201900385-01

momento histórico en que debía cumplirse, supuesto en el que resulta inane si la mesada pensional presenta una presunta diferencia en su cuantía.

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

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

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

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha 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

EXPEDIENTE No. 07201900385-01

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 Modificar y Adicionar el numeral tercero de la sentencia de primer grado, en el sentido de **ORDENAR** a la AFP PROTECCIÓN S.A. el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, más las mermas sufridas en el capital de la señora LUZ MARITZA PÉREZ BERMÚDEZ, 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

EXPEDIENTE No. 07201900385-01

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 PROTECCIÓN 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:

EXPEDIENTE No. 07201900385-01

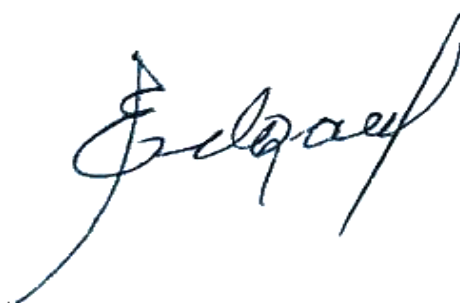
PRIMERO: MODIFICAR Y ADICIONAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el cual quedará así:

- **TERCERO:** CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, más las mermas sufridas en el capital de la señora LUZ MARITZA PÉREZ BERMÚDEZ, 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.

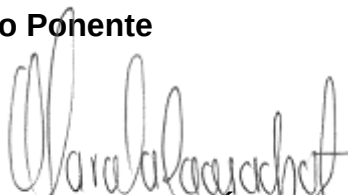
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

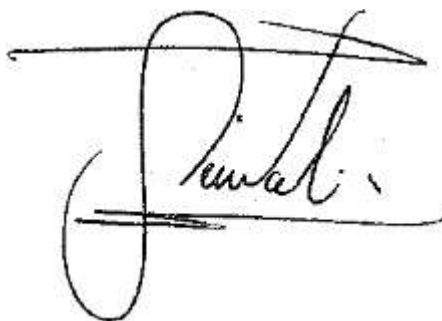


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EXPEDIENTE No. 07201900385-01



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Protección S.A., y Colpensiones, la suma de \$1.000.000 a 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 ROSA MARÍA CIFUENTES DÍAZ
CONTRA LA ASEGURADORA DE RIESGO LABORALES SURA, LA JUNTA
REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, Y LA JUNTA NACIONAL DE
CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.**

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre 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 **ROSA MARÍA CIFUENTES DÍAZ**, se **declare** la nulidad del dictamen 20645144 de fecha 7 de diciembre de 2011, emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, y dictamen 20645144-11427 de fecha 13 de julio de 2016, emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, ambos por no ajustarse a su realidad médica; y se **declare** que las patologías de Discopatía Lumbar L1 L2, Lumbalgia Crónica y Síndrome del Tunal Carpiano Bilateral, y las demás que se logren demostrar en el proceso son de origen laboral. En consecuencia, se **condene** a la ARL Sura a reconocer y pagar la indemnización por incapacidad permanente parcial, debidamente indexada a la fecha de pago, los intereses moratorios consagrados en el inciso 5 del parágrafo 2° del artículo de la Ley 776 de 2002, ultra y extra *petita*, y se condene a todas las demandadas a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 341-350 Cuaderno 1, exp. físico), señaló en síntesis que la EPS CAFESALUD emitió dictamen de calificación de origen de PCL de fecha 30 de junio de 2011, sobre los diagnósticos de Discopatía Lumbar L1 L2, y Lumbalgia Crónica, como de **origen laboral**; que la ARL Sura

presentó recurso contra ese dictamen, el cual fue resuelto mediante experticia 20645144 de fecha 7 de diciembre de 2011, proferida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez donde se determinó que las patologías referidas eran de **origen común**; que inconforme con esa decisión, nuevamente elevó recurso para que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez estudiara el caso, pero que este se hizo por fuera del término legal.

Indicó, que le fueron diagnosticadas nuevas patologías denominadas *«síndrome de manguito rotador bilateral, epicondilitis medial y lateral bilateral, tendinitis de flexo extensores de antebrazos bilateral»*, por lo que nuevamente la EPS CAFESALUD emitió calificación del origen de PCL del 24 de mayo de 2016, en la que se señaló que las patologías eran de **origen profesional**; que la ARL Sura presentó recurso, el cual fue resuelto por la Junta Regional de Calificación de Invalidez mediante dictamen 78900 del 14 de diciembre de 2015, indicando que el síndrome de manguito rotador bilateral era una **enfermedad profesional**; y que la ARL Sura apeló dicho dictamen, recurso que fue resuelto por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez mediante experticia 20645144-11427 de fecha 13 de julio de 2016, determinó que el síndrome de manguito rotador bilateral era de **origen común**.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ARL SURA** contestó (f.º 374-398 cuaderno 1 exp. Físico), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó que presentó los recursos contra los dictámenes de calificación del origen de la PCL emitidos por la EPS CAFESALUD y 78900 del 14 de diciembre de 2015, proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez; frente a los demás, señaló que no le constaban por corresponder a terceros. Propuso como excepciones las de inexistencia de las obligaciones, falta de causa, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, y cosa juzgada.

La **Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca** contestó (f.º 473-485 cuaderno 1 exp. físico), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que emitió el dictamen 20645144 del 7 de diciembre de 2011 y su contenido, que el calificado presentó recurso contra esa decisión, pero fue extemporáneo, por ende, quedó ejecutoriado, y que profirió dictamen 78900 del 14 de diciembre de 2015, y su contenido; frente a los demás manifestó que no le constaban por corresponder a terceros.

Formuló la excepción previa de prescripción, la cual fue resuelta en audiencia del 2 de marzo de 2020 (f.º 674-676 cuaderno 2 exp. Físico), ordenándose su estudio al momento de proferir la sentencia. Y de fondo, las de falta de título y de causa, inexistencia jurídica de las obligaciones demandadas, falta de legitimación en la causa por pasiva, imposibilidad jurídica de defender el dictamen demandado, inexistencia de la obligación, falta de causa para deprecar la revocatoria del dictamen emitido por la accionada, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica.

La **Junta Nacional de Calificación de Invalidez** contestó (f.º 527-543 cuaderno 2 exp. físico), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó que la demandante presentó nuevas patologías calificadas por su EPS, así: i) de origen laboral, las denominadas epicondilitis medial y lateral bilateral, tendinitis de flexo extensores de antebrazos bilateral; y ii) de origen común las de síndrome de manguito rotador bilateral. Igualmente aceptó que resolvió el recurso planteado por la ARL Sura, mediante dictamen 20645144-11427 del 13 de julio de 2016; frente a los demás, manifestó a unos que no le constaban por corresponder a terceros, y a otros que no eran ciertos, y estarse a al contenido de los dictámenes emitidos.

Propuso como excepciones de mérito, las de legalidad de la calificación emitida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez competencia como calificados de segunda instancia, improcedencia del petitum inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen- carga de la prueba a cargo del contradictor, improcedencia de las pretensiones respecto de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez competencia del juez laboral, buena fe y la genérica.

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá mediante auto del 12 de febrero de 2019, ordenó vincular a la EPS Medimás (f.º 553 cuaderno 2 exp. Digital), entidad que una vez notificada contestó la demanda (f.º 567-575 cuaderno 2 exp. Digital), oponiéndose a las pretensiones por no ser la entidad llamada a atenderla. En cuanto a los hechos manifestó que no le constaba ninguno y que la demandante debía probarlos.

Formuló la excepción previa de no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios para que se vinculara a la EPS Cafesalud, excepción que fue resuelta en audiencia del 2 de marzo de 2020 (f.º 674-676 cuaderno 2 exp. Físico), considerándose que el problema jurídico del proceso podía resolverse sin dicha entidad. Y de fondo, las de inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, cobro

de lo no debido, referirse la demandada a una relación sustancial en la cual no fue parte Medimás EPS SAS, y las innominadas.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 3 de marzo de 2021 (688-689 cuaderno 2 exp. físico), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas ARL SURAMERICANA, Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca y Junta Nacional de Calificación de Invalidez, así como, también a la vinculada Medimás EPS de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante.

SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones denominadas “inexistencia de las obligaciones”, “cobro de lo no debido”, “legalidad de la calificación emitida por la Junta Nacional de calificación de invalidez”, “Improcedencia en el petitum”, “Inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen”, “Carga de la prueba a cargo del contradictor” relevándose el despacho en pronunciarse en los demás medios exceptivos propuestos por las traídas a juicios, dadas las results del proceso.

TERCERO: Sin condena a costas en esta instancia.

[...]

Fundamentó su decisión, en que conforme las pretensiones de la demanda el debate se suscitaba única y exclusivamente entorno al origen determinado por las demandadas frente a las enfermedades **Disco Patía Lumbar L1-L2, Lumbalgia Crónica, Síndrome de manguito rotador bilateral y síndrome del túnel carpiano bilateral**, por lo que solo haría referencia a estas.

En relación con la **Disco Patía Lumbar L1-L2, Lumbalgia crónica**, indicó que del material probatorio se extraía que esta fue calificada como de origen: i) profesional por parte de la EPS Saludcoop, concepto que no fue aceptado por la ARL Sura, quien lo recurrió; y ii) común por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, mediante dictamen del 7 de diciembre de 2011, el cual fue apelado de manera extemporánea.

Frente al **Síndrome de manguito rotador bilateral**, se encontró demostrado que fue calificado como de origen: i) **común** por parte de la EPS Saludcoop, encontrándose la ARL Sura de acuerdo con ello, pero la señora Cifuentes recurrió ese concepto; ii) **profesional** por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá conforme el dictamen 78900 del 14 de diciembre de 2015, el cual fue apelado por la ARL Sura; y iii) **común** por parte de la Sala de Decisión 2 de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, mediante dictamen 20645144-11427 del 13 de julio de 2016.

Respecto del diagnóstico de **síndrome del túnel carpiano bilateral**, encontró que la EPS lo calificó como de origen laboral, y la ARL Sura se encuentra de acuerdo con ello.

Indicó, que al proceso se habían aportado además las incapacidades médicas otorgadas por ASTROCENTRO IPS (f.º 61-62), las historias clínicas de la demandante expedidas por ASTROCENTRO IPS, NUESTRA IPS, FUNDACIÓN SAIN, CENTRO NEUROLÓGICO DE BOGOTÁ, TORRE DE ESPECIALISTAS E.S.E., HOSPITAL DE SAN ANTONIO DE GUATAVITA y LA UMAS IPS (f.º 63-377), el reporte de cotizaciones de la demandante aportado por la ARL SURA y el informe de estudio de puesto de trabajo para la definición de riesgos osteomusculares realizado por la ARL SURA el 25 de noviembre de 2014, junto con las recomendaciones medico laborales emitidas por Saludcoop EPS (f.º 678-685).

Sostuvo, que del material probatorio resultaba claro que el origen de la patología llamada **síndrome en el túnel carpiano bilateral** ya había sido calificado como de tipo **laboral**, porque así había lo había considerado la EPS y, la ARL lo había aceptado, quedando solo por establecer el origen de las enfermedades denominadas **Disco Patía Lumbar L1-L2, Lumbalgia Crónica y Síndrome de Manguito Rotador Bilateral**, las cuales fueron calificadas como de origen común por las Juntas demandadas.

Advirtió, que en este asunto no se había logrado establecer que las patologías de **Disco Patía Lumbar L1-L2, Lumbalgia Crónica y Síndrome de Manguito Rotador Bilateral** fuesen de origen laboral, pues el único medio de prueba decretado con el fin de dirimir esa controversia correspondió al dictamen pericial, que no se practicó porque como quedó señalado en auto de fecha del 25 de noviembre de 2020 (folio 686), la parte actora no cumplió con la obligación a su cargo de cancelar los honorarios correspondientes a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Manifestó, que por el contrario se evidenciaba que los dictámenes emitidos por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca el 7 de diciembre de 2011, y por la Sala 2 de decisión de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en el dictamen del 13 de julio de 2016, se fundaron en el análisis integro de la historia clínica de la demandante, en la revisión de su puesto de trabajo, en la valoración interdisciplinaria en la especialidad de medicina laboral y terapia ocupacional y en la aplicación de criterios técnicos y legales correspondientes;

agregando, que esas entidades por su objeto, especialidad y experiencia, eran las entidades idóneas para determinar el origen de la minusvalía del accionante; que si esta pretendía controvertirlos tenía la carga de la prueba en su cabeza, a fin de demostrar lo contrario. En consecuencia, expuso que no accedería a las pretensiones de la demanda encaminadas a obtener la revocatoria del dictamen del 7 de diciembre de 2011, emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca y el 20644144 del 13 de julio de 2016, proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Explicó, que si bien la enfermedad **síndrome en el túnel carpiano bilateral** era de origen laboral y podría llegar a generar un reconocimiento por incapacidad permanente parcial en cabeza de la ARL Sura conforme lo pretendía la promotora del litigio, lo cierto era que, para establecer el monto de esa prestación económica, era indispensable conocer el grado o porcentaje de la deficiencia, circunstancia que no se encontraba probada en el proceso, insistiendo en que el dictamen decretado también con ese fin no se había practicado, razones por las cuales, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

La parte demandante no presentó recurso alguno.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados, procede esta Sala a revisar la decisión en grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante, conforme lo establece el artículo 69 del CPTSS, debiendo determinarse, si hay lugar a cambiar el origen de las enfermedades denominadas «*Disco Patía Lumbar L1-L2, Lumbalgia Crónica y Síndrome de Manguito Rotador Bilateral*» de común a laboral y, si como consecuencia de ello, debe impartirse condena contra la ARL Sura, por el pago de una indemnización por incapacidad permanente parcial.

En el presente asunto, no es materia de discusión que la enfermedad denominada síndrome en el túnel carpiano bilateral es de origen laboral.

DEL ORIGEN DE LA ENFERMEDAD

Empieza esta Sala por indicar que la calificación de origen es un trámite administrativo regulado, por cuanto nuestra legislación estableció etapas, términos y personas facultadas para desarrollar dicho procedimiento. Es así como el artículo 7 del

Decreto 1771 de 1994, determinó que toda controversia sobre el origen del accidente, **enfermedad** o muerte de un afiliado del Sistema de Riesgos Laborales debe someterse al procedimiento del artículo 12 del Decreto 1295 de 1994, norma que estableció que es la EPS en primera oportunidad quien determina el origen de la patología, siendo competencia de la ARL verificar el dictamen y, en caso de existir controversia, se aplicará el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, esto es, se remitirá el expediente ante la correspondiente Junta Regional de Calificación de Invalidez en primera instancia y ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en segunda instancia y, por último, si persiste el debate se podrá acudir ante la jurisdicción ordinaria laboral para resolver de fondo sobre el mismo.

El procedimiento antes descrito, pretende que la determinación del origen de las afectaciones de salud se realice de forma técnica e interdisciplinaria, atendiendo criterios objetivos y científicos, tanto médicos como ocupacionales, que permitan establecer con precisión si el accidente, enfermedad o muerte tiene origen laboral o común.

Durante la calificación de origen, se debe tener en cuenta lo estipulado en el artículo 4 de la Ley 1562 de 2012, en donde se preceptúa que la enfermedad laboral es toda «*enfermedad contraída por la exposición a factores de riesgo inherentes de la actividad laboral o del medio*», en el que el trabajador laboró. Así mismo, dicha norma también consagró que el Gobierno Nacional determinará en forma periódica las enfermedades laborales, a la vez que señaló que en los casos en que una patología no figure en la tabla de enfermedades laborales, pero sí se demuestre la relación de causalidad entre dicha afección y los factores de riesgo ocupacional será reconocida como de origen laboral.

En desarrollo de la anterior obligación, con la expedición del Decreto 1477 de 2014, el Gobierno Nacional adoptó la más reciente tabla de enfermedades laborales, previo concepto favorable del Consejo Nacional de Riesgos Laborales emitido en sesiones 71 y 74 de 2013, expidiendo una tabla de doble entrada en la que determinó los agentes de riesgo y las enfermedades laborales que pueden generar, advirtiendo que si una enfermedad no figura en la tabla pero existe una relación de causalidad entre los factores de riesgo ocupacional y la enfermedad, será reconocida como laboral. Dicha norma definió la relación de causalidad como la identificación de un «*factor de riesgo en el sitio de trabajo en donde estuvo expuesto el trabajador junto con las condiciones de tiempo, modo y lugar*», valoradas bajo criterios de medición,

concentración o intensidad, relacionadas causalmente con la presencia de una enfermedad diagnosticada médicamente.

Conforme los presupuestos normativos señalados, en un proceso de calificación de origen, las controversias que puedan surgir entre la EPS y la ARL se someten al procedimiento señalado en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012, este último adicionado por el canon 18 de la Ley 1562 de 2013, en que se indica que primero serán conocidas por las Juntas Regionales y en segunda instancia por la Junta de Calificación Nacional, quienes determinaran el porcentaje de PCL, la fecha de estructuración y el origen de las contingencias, de conformidad con un manual único de calificación de invalidez que fue expedido mediante el Decreto 1507 de 2014, y que con anterioridad estaba consagrado en el Decreto 917 de 1999, en donde se fijan los criterios técnicos-científicos de evaluación y calificación de pérdida de capacidad laboral porcentual por sistemas ante una deficiencia, discapacidad e invalidez que hayan generado secuelas como consecuencia de una enfermedad o accidente de cualquier origen.

En el presente asunto, la controversia radica en que las enfermedades «*Disco Patía Lumbar L1-L2, Lumbalgia Crónica y Síndrome de Manguito Rotador Bilateral*» fueron calificadas como de origen común, pero la actora considera que son laborales; por su parte la Junta Nacional de Calificación, indicó que dichas calificaciones cuentan con soporte probatorio; además, que guardan plena concordancia con las disposiciones legales y técnicas que rigen la calificación del origen de las contingencias.

La Junta Nacional de Calificación de Invalidez actuando en segunda instancia, mediante dictamen 20645144-11427 del 13 de julio de 2016 (f.º 27-34 cuaderno 1 exp. Físico), calificó la enfermedad «**Síndrome de Manguito Rotador Bilateral**», como de origen **común**, argumentando que conforme la evaluación de puesto de trabajo y la descripción del cargo realizada por la paciente en la valoración en esa entidad, podía concluir que en la mayoría de actividades ejecutadas en la jornada laboral los hombros se mantienen en postura dentro de los ángulos de confort y solo en algunos momentos eleva hasta la horizontal al colocar y tomar los tallos en planos altos, una fracción menor de la jornada, por lo que sostuvo, que no cumplía con la relación de causalidad entre la contingencia y la labor ejecutada.

La Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca actuando en primera instancia, mediante dictamen 20645144 del 7 de diciembre de

2011 (f.º 412-417 cuaderno 1 exp. Físico), calificó la enfermedad **«Disco Patía Lumbar L1-L2, Lumbalgia Crónica»**, como de origen **común**, argumentando que en el estudio de puesto de trabajo se podía evidenciar que la operaria de postcosecha no estaba expuesta a factores de riesgo (trabajo físico pesado- levantamiento de cargas y postura forzada a nivel de columna- movimientos de flexión y rotación de tronco- exposición a vibración del cuerpo entero- posturas estáticas- factores psicosociales y de organización del trabajo). Que los movimientos que realizaba en flexión del tronco estaban dentro de ángulos de confort, solo cuando tomaba los ramos del árbol en el nivel inferior sobrepasaban estos rangos, pero que ese movimiento no era continuo, ya que los otros niveles del árbol se encontraban a alturas mayores, lo que implicaba menor flexión del tronco; que no había exposición a vibraciones, no hacía posturas mantenidas ni prolongadas y no manipulaba carga, por lo que no existía relación de causalidad entre la patología degenerativa de columna y la discopatía degenerativa lumbar y la labor desarrollada por la trabajadora.

Este último dictamen fue apelado por la actora, pero por fuera del término para ello (f.º 419 cuaderno 1 exp. Físico), razón por la cual la Junta Nacional de Calificación de Invalidez no tuvo la oportunidad de estudiarlo.

Conforme a lo anterior, los dictámenes emitidos tanto por la Junta Regional de Calificación de Invalidez como por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez están, primero, basados en el manual único para la calificación de invalidez, expedido por el Gobierno Nacional, vigente a la fecha de calificación, y segundo, deben contener los criterios técnicos-científicos de evaluación y calificación de pérdida de capacidad laboral porcentual por sistemas ante una deficiencia, discapacidad e invalidez que haya generado secuelas como consecuencia de una enfermedad o accidente.

Así, quien pretenda controvertir esos dictámenes ante la jurisdicción ordinaria laboral, tiene la carga primero de argumentar los motivos por los cuales se aparta de esa decisión y, segundo, si lo que busca es que la PCL sea de origen laboral, debe probar la relación de causalidad entre factores de riesgo de la actividad laboral o del sitio de trabajo y la enfermedad que padece, ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 del CGP, aplicable a este tipo de asuntos por remisión del canon 145 del CPTSS.

En el presente asunto, si bien la parte actora allegó los dictámenes emitidos en el trámite administrativo y la historia laboral con las recomendaciones médico laborales emitidas, lo cierto es que la experticia decretada de oficio por el despacho, para que

una Sala distinta a la número 2 de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, realizara un nuevo dictamen a efectos de determinar origen y porcentaje de Pérdida de la capacidad laboral de la señora Cifuentes Díaz, no se realizó porque la parte actora no efectuó el pago de los honorarios a esa institución, quedando imposibilitado el operador judicial para verificar si las enfermedades «*Disco Patía Lumbar L1-L2, Lumbalgia Crónica y Síndrome de Manguito Rotador Bilateral*» son de origen laboral, pues dicha determinación requiere de especiales conocimientos científicos y técnicos, los cuales podían verificarse a través del citado dictamen. Conforme a ello, en el informativo no obran elementos de juicio que conduzcan a esta Sala apartarse o adoptar una postura distinta a la plasmada en los dictámenes cuestionados.

En consecuencia, al no poder comprobarse con un experto en calificación de pérdida de la capacidad laboral, que las enfermedades referidas son de origen laboral, no queda otro camino que confirmar la decisión de primera instancia en este sentido.

Igual suerte corre la pretensión de la indemnización por incapacidad permanente parcial frente a la enfermedad denominada síndrome en el túnel carpiano bilateral de origen laboral, puesto que, para considerar su procedencia conforme el artículo 5 de la Ley 776 de 2002, es necesario que el afiliado presente una disminución definitiva, igual o superior al cinco por ciento 5%, e inferior al cincuenta por ciento 50% de su capacidad laboral, situación que tampoco se probó en esta litis.

COSTAS

Sin costas en esta instancia.

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:

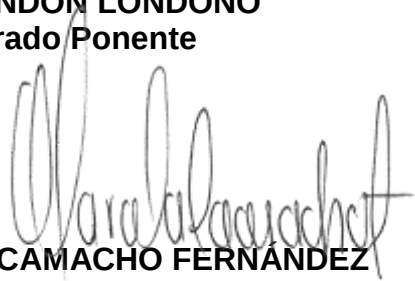
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada y proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

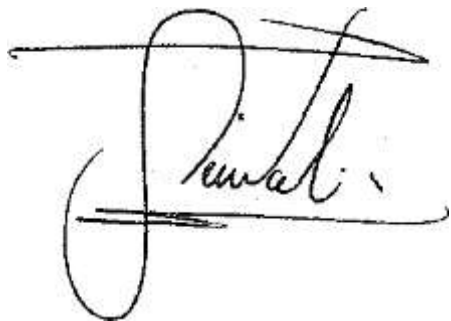
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

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 MAGDA LUZ BOHÓRQUEZ MARTÍNEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

En Bogotá D. C. a los catorce (14) días del mes de diciembre 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 **MAGDA LUZ BOHÓRQUEZ MARTÍNEZ** 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 Santander hoy Protección S.A., y posterior vinculación a Colfondos, porque ambas AFP omitieron el deber de información. En consecuencia, se le **condene** a Colfondos a trasladar a Colpensiones todos sus aportes; que se **ordene** a Colpensiones tenerla como afiliada al RPM sin solución de continuidad; que se **condene** a las demandadas al pago de las costas.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 1 exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 30 de junio de 1961; que al iniciar su vida laboral se vinculó al ISS y allí permaneció hasta que por error inducido se trasladó al RAIS; que a comienzos del año 1995, fue contactada por un asesor de la AFP Santander, quien la afilió a ese fondo; que este le informó que allí podía pensionarse a la edad que

quisiera y no tendría que esperar a cumplir 55 o 57 años de edad como en el ISS, sin darle más explicaciones; que podría pensionarse con el monto que quisiera; que si con el paso del tiempo se aburría o notaba desmejora en su situación pensional tenía la opción de solicitar la devolución de sus aportes o retornar nuevamente al ISS, pero que el ISS inevitablemente se iba a quebrar quedando sin quien respondiera por sus aportes, contrario a la AFP Santander que era una empresa seria con la cual no tendría ningún problema a la hora de reclamar la pensión.

Narró, que el 10 de julio de 2003, se trasladó a la AFP Colfondos porque una asesora de esa entidad le informó que este fondo generaba más rentabilidad y que su pensión resultaría más elevada; que ya no podía trasladarse al RPM porque le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad mínima de pensión; que en enero de 2018, procedió a consultar con Colfondos el valor probable de su mesada pensional, donde le informaron que dado el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, esta para junio de 2018 sería de \$781.242.

Expuso, que lo prometido por las administradoras del RAIS no era cierto, toda vez que su IBL en los últimos 10 años fue de aproximadamente de \$2.500.000; que con dicho IBL y más de 1.700 semanas que acredita, en el RPM le hubiese correspondido aproximadamente \$1.800.000 de mesada pensional; que agotó la reclamación administrativa.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 174-185 archivo 1 exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, que estuvo vinculado al ISS desde el 1º de diciembre de 1981 y aportó un total de 531,14 semanas; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, y legalidad de los actos administrativos.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó (f.º 231-254 archivo 1 exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y su traslado al RAIS; frente a los demás, indicó a unos que no le constaban por corresponder a un tercero, o que no eran ciertos: Aclaró, que según el certificado SIAFP la demandante había realizado el traslado de régimen el 2 de junio de 1994 con la AFP Colfondos; que posteriormente de forma horizontal se había vinculado a Santander hoy Protección el 18 de febrero de 2002.

Explicó, que en la vinculación con Santander se le había brindado acompañamiento y asesoría de un representante de la compañía, quien le reiteró las características propias del RAIS, tales como: i) la construcción de un ahorro en una cuenta de ahorro individual donde se depositaban sus aportes pensionales, generando rendimientos financieros de acuerdo con el comportamiento del mercado; ii) que el monto de la pensión era variable, dependiendo de diversas circunstancias y condiciones particulares de cada afiliado, como la edad, los beneficiarios, la expectativa de vida según la table de mortalidad de rentitas, el saldo de la cuenta, el factor actuarial, los aportes voluntarios y la regulación de la Superfinanciera y Minhacienda para liquidar la mesada; iii) la posibilidad que tenía de optar por una pensión anticipada, siempre y cuando tuviese un capital suficiente que le permitiera financiar una pensión superior al 110% de un SMMLV; iv) la figura de la garantía de pensión mínima de vejez; v) la posibilidad de obtener excedentes de libre disponibilidad; vi) el factor herencial del capital acumulado; entre otras ventajas. Que igualmente se le ilustro sobre las implicaciones que aparejaba afiliarse al RAIS y los aspectos diferenciados con el RPM; y que fue la demandante quien de forma libre y voluntaria suscribió el formulario de afiliación.

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, 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, 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, traslado de aportes a Colfondos y la innominada o genérica.

El despacho mediante auto del 23 de septiembre de 2021 (f.º 264 archivo 1 exp. digital), tuvo por no contestada la demanda por parte de Colfondos S.A.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 3 de diciembre de 2021 (archivo 7-8 exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante MAGDA LUZ BOHÓRQUEZ del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la demandante, junto con los rendimientos causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración.

TERCERO: CONDENAR al fondo de pensiones PROTECCION a que transfiera a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES los dineros descontados por gastos de administración de la cuenta de la demandante.

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

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a la demandada PROTECCION Y COLFONDOS; Fijándose como agencias en derecho la suma de OCHOCIENTOS MILPESOS (\$800.000).

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

Indicó, que el deber de información tenía varias etapas, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; que para el año 1994, cuando la demandante se trasladó al RAIS, la AFP Colfondos debía como mínimo haberla ilustrado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluía dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.

Expuso, que en el expediente había constancia de que la actora se encontraba cotizando al ISS hoy Colpensiones, pero que el 2 de junio de 1994, había decidido trasladarse al RAIS a través de la AFP Colfondos, efectuando traslados entre fondos privados, así: i) de Colfondos a Santander hoy Protección mediante suscripción del formulario el 18 de febrero de 2002; y ii) de Santander hoy Protección a Colfondos a través de formulario suscrito el 10 de julio de 2003.

Consideró, que de ninguno de los formularios referidos se extraía que a la demandante se le hubiese brindado una asesoría respecto de las características propias del RAIS, aclarando que ese deber de información debe cumplirse desde el traslado de régimen pensional, para este caso en 1994, cuando se le debió ilustrar

sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Advirtió, que la carga de la prueba de demostrar que información brindó al momento del traslado era de la AFP Colfondos; que al proceso solo se allegó el formulario de afiliación del año 2003, y se le realizó interrogatorio de parte a la demandante del cual no podía extraer ninguna confesión respecto de que esa AFP hubiese cumplido con su deber de información en 1994, en consecuencia, concluyó que declarararía ineficaz el traslado de régimen pensional, lo que afectaba los traslados horizontales por ella realizados entre el RAIS.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES** sin recurso.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** interpuso recurso de apelación únicamente en lo que tenía que ver con las comisiones por administración, teniendo en cuenta que estos y las primas de seguros previsionales son descuentos que se hicieron en virtud del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, pues esta faculta a las AFP a descontar un 3% del 16% que se aporta, para financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. Agregó que este descuento opera en ambos regímenes.

Expuso, que en el expediente obran el extracto de la cuenta de ahorro individual de la actora donde se podían verificar los rendimientos financieros generados, lo que demostraba que Protección había administrado los recursos de la actora debidamente. Que con la devolución a Colpensiones de los gastos de administración se estaría incurriendo en un enriquecimiento sin justa causa en favor de esa entidad, por recibir una comisión que no está destinada a garantizar la pensión de vejez, adicional a que ya se le estaban trasladando los rendimientos por ellos generados.

Argumentó, que respecto de ese 3% que financia los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, opera el fenómeno de la prescripción de conformidad con el artículo 488 del CST y el 151 del CPTSS, porque son conceptos que se van descontando en la periodicidad que impone el orden legal y no financian la prestación económica por vejez.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la AFP Protección, así como en 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 Colfondos, 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 es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora MAGDA LUZ BOHÓRQUEZ MARTÍNEZ se afilió al ISS donde aportó desde el 1° de diciembre de 1981, al 30 de junio de 1994, 531,14 semanas (archivo 3 exp. digital); *ii)* que el **2 de junio de 1994**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Colfondos S.A., el cual se hizo efectivo a partir del 1° de julio de igual año; y *iii)* que realizó dos traslados horizontales, el primero a la AFP Santander el 18 de febrero de 2002, y el segundo, retornando a Colfondos el 10 de julio de 2003 (f.° 16 archivo 6 exp. Digital), 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 –**2 de junio 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, la AFP Colfondos no allegó prueba alguna tendiente a demostrar que para junio de 1994 le hubiese suministrado a la señora Bohórquez Martínez 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, pues solo allegó el formulario de retorno a esa AFP diligenciado el 7 de julio de 2003, del cual igualmente no se advierte el cumplimiento de ese deber.

Sin embargo, 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, luego de Santander a Colfondos, 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 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 Modificar y Adicionar el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de **CONDENAR** a la AFP Colfondos S.A. a trasladar 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.

Igualmente se adicionará el numeral tercero de la sentencia de primer grado, en el sentido de **CONDENAR** a la AFP Protección S.A., a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora, esto es, entre el 1° de abril de 2002 y el 31 de agosto de 2003.

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 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:

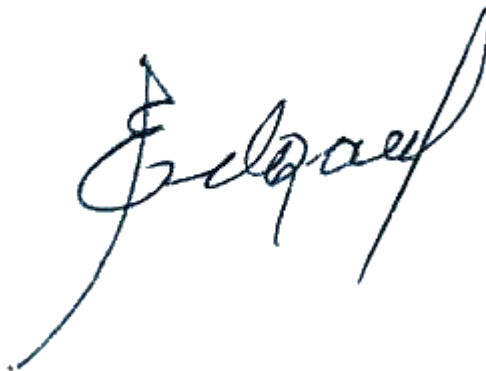
PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad, entre el 1° de julio de 1994 y el 31 de marzo de 2002, y desde el 1° de septiembre de 2003, 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: ADICIONAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a la **SOCIEDAD MINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora, esto es, entre el 1° de abril de 2002 y el 31 de agosto de 2003. 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.

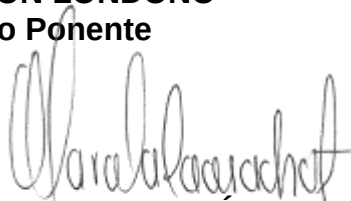
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada

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

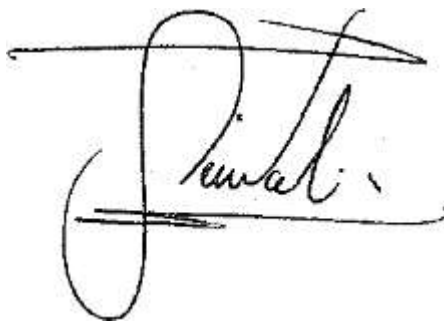
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



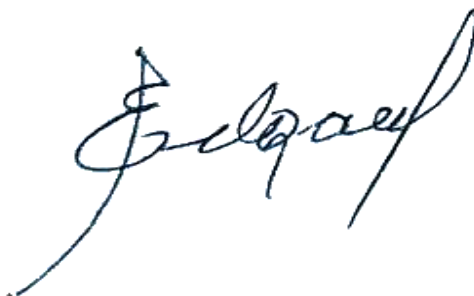
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Protección S.A., 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 LUIS ENRIQUE CANO
BÁRCENAS 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 catorce (14) días del mes de diciembre 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 al señor **LUIS ENRIQUE CANO BÁRCENAS** se **declare** la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado el 28 de febrero de 1995 a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A.. En consecuencia, se le ordene a esta AFP, retornar al RPM administrado por Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado; que se **ordene** a Colpensiones recibirlo y mantenerlo como su afiliado sin solución de continuidad; que se **condene** a las demandadas a lo que resulta probado ultra y extra petita, y al pago de las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 1 exp. digital), señaló en síntesis, que entre el 5 de agosto de 1985 y el 28 de febrero de 1995, estuvo afiliado al ISS, periodo en el que acumuló 401,14 semanas; que en el mes de febrero de 1995, se encontraba laborando para UYG Ltda.; que allí los asesores de Horizonte

lo citaron a una reunión grupal, en la cual le presentaron el nuevo régimen pensional, le hablaron de las bondades de pasarse al RAIS; que podría pensionarse con una mesada similar a su último salario; que tendría ganancias en una cuenta personal, que el ISS tenía problemas financieros, que la diferencia entre los dos regímenes era muy alta y que en los fondos privados le iría mejor; que en el fondo privado, se podría pensionar cuando quisiera; que omitieron lo siguiente: *i)* No le realizaron una proyección pensional de acuerdo con su edad y salario de la época; *ii)* no entregaron un plan de pensiones, ni le mencionaron los requisitos que necesitaba para pensionarse; *iii)* no le informaron que podía retractarse de ese traslado de régimen; y *iv)* omitieron informarle sobre las consecuencias del traslado, como la pérdida de beneficios que tendría por cambiarse de régimen. Agregó que su empleador les dijo que quienes se cambiaran de régimen tendrían un aumento salarial diferente de los que no lo hicieran, y que por todo lo anterior, fue que realizó el traslado del RPM al RAIS.

Narró, que Porvenir no le avisó que estaba llegando a los 10 años antes de la posible edad para pensionarse y que a partir de ese momento no podría trasladarse de régimen pensional; que a julio de 2020 contaba con 1.634,14 semanas cotizadas al sistema general de pensiones; que radicó derecho de petición ante Colpensiones y ante Porvenir solicitando la nulidad del traslado, pero que ambas entidades le respondieron negando la petición.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 2-12 archivo 6 exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó que el actor estuvo vinculado al ISS, las semanas allí aportadas y que agotó la reclamación administrativa; frente a los demás indicó que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, inexistencia del derecho y de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe y la innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (f.º 2-33 archivo 8 exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el actor se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de afiliación el 28 de febrero de 1995, con la AFP BBVA Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A.; frente a los demás, indicó a unos que no le constaban por corresponder a un tercero, o que no eran ciertos. Aclaró, que la afiliación del demandante fue producto de su voluntad y de una decisión

libre e informada después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales en este, tal como se apreciaba en el formulario de vinculación en el que se observa la declaración escrita a que se refería el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; además, que ese documento se presumía auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT; que este no puede tener expectativa distinta a la de pensionarse bajo las reglas propias del régimen al que voluntariamente decidió vincularse en 1995.

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

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 27 de agosto de 2021 (archivo 15-16 exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de febrero de 1995.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR a transferir a COLPENSIONES la totalidad de los aportes del demandante junto con los rendimientos causados y sin que haya lugar a descuentos por concepto de cuota de administración, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES para que acepte el traslado y tenga en cuenta para todos los efectos pensionales los aportes realizados por la demandante.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: COSTAS a cargo de PORVENIR, tásense en la suma de \$800.000.

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

Indicó, que el deber de información tenía varias etapas, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que para el año 1995, cuando el demandante se trasladó al RAIS, la AFP Horizonte hoy Porvenir debía como mínimo haberla ilustrado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo

que incluía dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.

Expuso, que en el expediente había constancia de que el actor se encontraba cotizando al ISS hoy Colpensiones, pero que el 28 de febrero de 1995, había decidido trasladarse al RAIS a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir; y que posteriormente se trasladó a Porvenir el 26 de marzo de 2001.

Consideró, que de ninguno de los formularios referidos se extraía que al demandante se le hubiese brindado una asesoría respecto de las características propias del RAIS, aclarando que ese deber de información debía cumplirse desde el traslado de régimen pensional, para este caso en 1995, cuando se le debió ilustrar sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Señaló, que el promotor del litigio en su interrogatorio de parte indicó que le informaron que existían unos rendimientos, pero que no que su cuenta de ahorro individual también podía tener pérdidas de capital y que él revisó los extractos de los años 2020 y 2021, observando mermas en su dinero, que le hablaron de una pensión anticipada pero que no le explicaron como acceder a dicho beneficio y que si sabía que liquidar su pensión se tendría en cuenta el capital ahorrado junto con sus rendimientos más el bono pensional, y que el asesor en 1995, le habló de un bono pensional pero no le dijo como se redimía y que este tendría pérdidas si lo cobrada de forma anticipada, que también le asesoraron sobre la heredabilidad de sus aportes en caso de fallecer y que sabía que en el RPM la mesada se liquidaba con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años; que después de analizarse este por el despacho, consideraba que si bien Horizonte le había ilustrado sobre algunas características del RAIS, esa información no fue clara, suficiente y oportuna, pues esas bondades no fueron explicadas de forma total y absoluta; que no se expusieron las demás ventajas, no se señalaron las desventajas del RAIS, ni las comparaciones con el RPM.

Advirtió, que la carga de la prueba de demostrar que información brindó al momento del traslado era de la AFP Horizonte hoy Porvenir, y esta no se cumplió, en consecuencia, concluyó que declararían ineficaz el traslado de régimen pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación señalando que la ineficacia declarada se fundó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma que exigía impedir o atentar contra la afiliación de un trabajador, y en el expediente no está demostrado que Horizonte hubiese incurrido en esas conductas, que por el contrario brindó una alternativa adicional y el actor haciendo uso de su libertad de escogencia decidió pertenecer al RAIS, donde ha permanecido por más de 25 años, sin que haya interpuesto queja alguna.

Consideró, que el formulario de afiliación es un documento válido, público que se presume autentico el cual no fue tachado de falso y que nace del cumplimiento del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, el cual exigía comunicación escrita en la que constara que la selección de dicho régimen se había tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, por ende, al cumplir esa norma no podía ser sancionada; que la a quo no aceptó el formulario como prueba de la información entregada al demandante, pero tampoco le explicó cuál era la prueba para demostrar el cumplimiento del deber de información, ya que no podía traer al asesor que orientó al señor Cano Bárcenas porque desconocen su paradero y tampoco existía un documento adicional al citado formulario que pueda allegarse al expediente.

Señaló, que en estos casos debe valorarse el hecho de que el afiliado hubiese permanecido en el RAIS por más de 25 años, que en ese lapso no interpuso queja alguna, que permitió su empleador le realizara los descuentos con destino al fondo privado y sobre todo que en el interrogatorio de parte confesó que estuvo reunido con un asesor de Horizonte por un espacio de 10 a 15 minutos; que recibía sus extractos; que tenía pleno conocimiento de como pensionarse en el RAIS y en el RPM, de los rendimientos financieros, y del bono pensional. Adicionó que las demás características se encontraban en la Ley 100 de 1993, y que el desconocimiento de ella no eximía al demandante de las consecuencias que pudiesen tener.

Expuso que el demandante se encontraba inmerso en la prohibición legal establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, porque le faltaban diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

De otro lado, afirmó que no era posible devolver los gastos de administración porque en el RPM también se destinaba un 3% a los mismos, y estos no formaban parte integral del capital que financia la pensión de vejez ni en el RAIS ni en el RPM; que estos eran ordenados por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, los cuales se ven afectados por el término trienal de la prescripción.

COLPENSIONES no interpuso recurso alguno.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la AFP Porvenir, así como en 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 el demandante a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir, 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 es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor LUIS ENRIQUE CANO BÁRCENAS se afilió al ISS donde aportó desde el 5 de agosto de 1985, al 31 de marzo de 1995, un total de 401,29 semanas (archivo 7 exp. digital); *ii)* que el **28 de febrero de 1995**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Horizonte, el cual se hizo efectivo a partir del 1° de marzo de igual año (f.° 70 y 68 archivo 8 exp. Digital); y *iii)* que realizó un traslado horizontal a la AFP Porvenir S.A., el 26 de marzo de 2001 (f.° 71 y 68 archivo 8 exp. Digital), 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 –**28 de febrero 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 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).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Horizonte suscrito el 28 de febrero de 1995, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que 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, advierte la Sala que una vez escuchado el audio en su integridad se encontró que el señor Cano Bárcenas, señaló que cuando se trasladó a la AFP Horizonte (28/02/1995), en la empresa donde el trabajaba recibieron el asesor de esa AFP en una reunión grupal de directivos, la cual duro de 10 a 15 minutos, donde les informaron sobre el paso al fondo privado, y no hubo mayor información sobre los dos regímenes pensionales; que les dijeron que era un ahorro individual; que generaba unos rendimientos sobre la cuenta personal, pero nunca pérdidas; que la ventaja era que se iba a pensionar casi con el último salario y a la edad que quisiera sin explicarle como sería ello; que no le hablaron del régimen de Colpensiones; que no le explicaron que sucedería con su pensión en caso de que falleciera, ni que tenía un término para retractarse de esa decisión, ni que por sus aportes al ISS tendría derecho a un bono pensional, ni que podía hacer aportes voluntarios. Al actor también se le preguntó por el traslado realizado en 2001, a Porvenir y por las actuaciones por él adelantadas con posterioridad a marzo de 1995, como por ejemplo si recibió extractos, si hoy conoce que es un bono pensional o cuales son los requisitos para pensionarse en el RAIS y en el RPM, lo cual no resulta relevante, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad.

De lo anterior, no observa esta Colegiatura una confesión en los términos del artículo 191 del CGP, esto es, que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria, como quiera que el hecho de que el actor hubiese aceptado que el asesor de Horizonte le informó que tendría una cuenta de ahorro individual a donde irían sus aportes, los cuales generarían rendimientos financieros, que podía acceder a una pensión anticipada por vejez, **NO** implica que hubiese confesado que ese asesor en febrero de 1995, 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.

En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, como en el *sub lite* que el actor pasó de Horizonte 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 un traslado horizontal 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 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 adoctrinó:

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

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

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

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

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

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

de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos» (CSJ SL1055-2022, 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 Modificar y Adicionar el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de **CONDENAR** a la AFP Porvenir S.A. a trasladar 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 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 AFP Porvenir S.A., como quiera que sus recursos de alzada no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

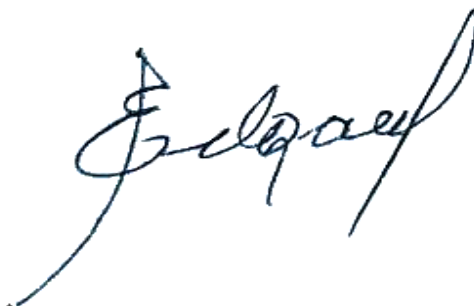
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE 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 marzo de 1995 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.

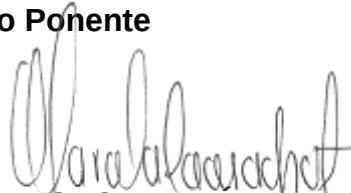
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada

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

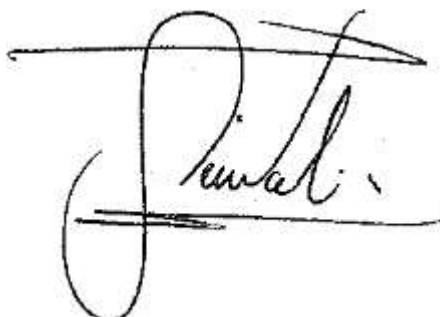
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

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.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente