

## República de Colombia



Libertad y Orden

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

**MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**

<b>RADICADO</b>	110013105036201500361-02
<b>CLASE DE PROCESO</b>	ORDINARIO LABORAL
<b>DEMANDANTE</b>	MAXIMINO VILLAMIL SANTANA
<b>DEMANDADO</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES</li> <li>- ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.</li> </ul>

En Bogotá D. C. a los veintiún (21) días del mes de marzo de dos mil veintitrés (2023), 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 **Maximino Villamil Santana** se **declare** la nulidad y/o 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 Porvenir; y que la única afiliación válida al sistema de seguridad social era la realizada el 23 de febrero de 1996 al RPM a través de la Caja Nacional de Previsión Social. En consecuencia, se ordene a la AFP Porvenir, retornar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación al RAIS; que se **ordene** a Colpensiones tenerlo como afiliado del RPM; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, y a las costas y agencias en derecho.

**Como hechos fundamento de las pretensiones** (f.º 3-9 archivo 001, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 18 de octubre de 1956; que se afilió al ISS desde el 23 de septiembre de 1977; que se vinculó laboralmente con la

Contraloría de la República a partir del 8 de septiembre de 1986, hasta la fecha; que sus aportes a pensión con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, eran girados a la Caja Nacional de Previsión; que él el 23 de febrero de 1996, diligenció formulario de afiliación con Cajanal.

Narró que, de forma concomitante a su trabajo, se desempeñaba como docente, entre otros en los periodos comprendidos entre octubre de 1997, y diciembre de 1998, con el empleador Tecnológico Inexpro; que por exigencia de este último firmó formulario de vinculación con la AFP Porvenir; que no recibió ninguna clase de asesoría; que jamás tuvo la voluntad de trasladarse de fondo de pensiones. Agregó que, su vinculación al RAIS carece de validez, porque se realizó antes de los 3 años de selección inicial de régimen pensional.

Indicó que solicitó ante Colpensiones y la AFP Porvenir la realización de un comité de múltiple vinculación con Porvenir con el fin de que se anulara la vinculación a esta última AFP, pero que ambas entidades negaron lo solicitado.

## **CONTESTACIONES DE LA DEMANDA**

**COLPENSIONES** contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, que se afilió al ISS y aportó con diferentes empleadores, y que el 23 de febrero de 1996, realizó la selección de régimen al RPM; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones de fondo, las de cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, la genérica y la inexistencia del derecho reclamado.

La **AFP PORVENIR S.A.**, contestó, oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la edad del demandante, que este firmó formulario de afiliación con esa AFP el 1° de octubre de 1997; que presentó petición la cual fue negada; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos. Aclaró que, la afiliación al RAIS era válida porque el actor llevaba más de tres años aportando al RPM, y que sus asesores agotaron todos los requisitos previstos en la ley para proveerle la información necesaria para que él tomara una decisión libre, consentida y voluntaria, explicándole en detalle las modalidades de pensión ofrecidas en ese régimen y los multifondos existentes.

Formuló como excepciones de fondo, las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las

obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, e innominada o genérica.

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 23 de mayo de 2022 (archivo 07 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

*PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por el señor MAXIMINO VILLAMIL SANTANA del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, que se hizo efectivo el 01 de diciembre de 1997, a través de ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.*

*SEGUNDO: ORDENAR a ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., normalizar la afiliación del actor en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas.*

*TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes a la historia laboral de la demandante*

*CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones de prescripción.*

(...)

El Juzgado de primera instancia, fijó como problema jurídico determinar si el traslado del RPM al RAIS era válido en razón al deber de información. **Basó su decisión fundamentalmente** en que se encontraba probado que el actor el 23 de febrero de 1996, había diligenciado formulario de afiliación a Cajanal, y que posteriormente el 1° de octubre de 1997, firmó formulario de vinculación con la AFP Porvenir como requisito de vinculación con su empleador Tecnológico Inespro, lo anterior según certificación SIAFP; que el actor desde el 1° de septiembre de 2012, y hasta la fecha realizaba aportes a Colpensiones según certificado emitido por la Contraloría, del que también extraía que a este se le hicieron aportes a Cajanal desde el 8 de septiembre de 1986, y hasta el 30 de junio de 2009; que de la historia laboral de Colpensiones se observaban aportes a ese régimen desde agosto de 2005, hasta por lo menos el 11 de noviembre de 2014.

Precisó que, para la fecha en que el actor suscribió el formulario de traslado al RAIS con la AFP Porvenir en el año 1997, ya existía una obligación legal para los fondos de pensiones de suministrar al demandante información clara, precisa y congruente en torno al cambio de régimen pensional. Explicó que, conforme el artículo 13 de la Ley 100

de 1993, los afiliados debían elegir el régimen pensional de manera libre y voluntaria, y que a partir de allí se había desarrollado el deber de información como se leía en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual citó textualmente.

Expuso que, con el paso del tiempo se han expedido normas que han vuelto a ese deber de información más riguroso, pero que, en este puntual asunto, dada la fecha de traslado de régimen 1997 el mismo debía observarse en su primera etapa.

Manifestó 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 acarrea 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, CSJ SL 782-2021 y CSJ SL11055-2022).

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 debían brindar a este los elementos de juicio claros y objetivos; no obstante, Porvenir no había aportado ningún elemento de juicio que llevara al convencimiento de que el actor hubiese suministrado información necesaria, pertinente y conducente para que éste tomara una decisión informada en un asunto neurálgico como lo era el cambio de régimen pensional, aunado a ello, resaltaba que el demandante

siempre había actuado bajo el herrado convencimiento de que estaba legalmente afiliado a Colpensiones porque su empleador siempre realizó los aportes allí. Que de esa manera y acorde con los lineamientos jurisprudenciales declarararía la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Finalmente indicó que, el demandante al momento de su traslado al RAIS estaba vinculado a Cajanal, entidad que fue liquidada, pasando sus afiliados a Colpensiones, razón por la cual sería esta última quien debía recibir al actor en el RPM.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

**COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación argumentando que conforme la jurisprudencia el deber de información ha venido variando con el paso del tiempo, que para el año 1997, cuando el actor se cambió de régimen la Ley 100 de 1993, establecía que la elección debía ser el resultado del conocimiento de las características de cada régimen pensional, para esa época era imposible para los promotores del fondo privado prever en qué condiciones serían las cotizaciones pensionales del demandante en el futuro, es decir, si serían continuas, sobre el mismo IBC, si el afiliado tendría hijos o demás factores que varían las condiciones pensionales en el RAIS.

Sostuvo que la firma del formulario de afiliación con Porvenir era totalmente válida, y que no había lugar a declarar su ineficacia, porque ello lo había hecho de forma libre y sin presiones, además que cada caso debía estudiarse de forma particular, máxime en este que el actor no tenía una expectativa legítima de pensionarse en el RPM.

Señaló que, aunque en el año 1997,, el demandante no hubiese recibido una asesoría adecuada por parte del fondo privado con respecto a las características de cada régimen pensional, esa situación se saneó por el paso del tiempo, porque el señor Villamil estuvo varios años en el RAIS sin estar inmerso en la prohibición del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, teniendo tiempo de sobra para indagar sobre su futuro pensional y optar por retornar al RPM si eso era lo que en verdad quería.

Refirió que el Estatuto del Consumidor Financiero, también aplicaba para los afiliados, quienes debían cumplir con deberes como informarse, leer y revisar los formatos de afiliación, obligaciones que el actor no cumplió.

Advirtió que, aun cuando la AFP regrese 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 la AFP, y ella fue vinculada únicamente como la entidad que debe recibir al actor.

La **AFP PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación señalando que según el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección a cualquiera de los regímenes establecidos en la ley tan solo requería para su validez la firma del actor; que igualmente el Decreto 692 de 1994, establecía que la selección de régimen implica la aceptación de las condiciones propias de este, a fin de acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes y demás prestaciones económicas a que haya lugar.

Indicó que, en el proceso se había probado que en la afiliación del señor Villamil a Porvenir no había mediado ningún tipo de engaño u omisión a cargo de Porvenir, pues el actor había firmado el formulario para ingresar a laborar en 1997, como un trámite normal y obligatorio para todos los que se vinculaban con ese empleador, siendo ello exigencia del patrono y no de la AFP, quien no tuvo ninguna injerencia en su traslado al RAIS.

Advirtió que, el accionante no era beneficiario del régimen de transición y que tampoco podía trasladarse de régimen porque estaba inmerso en la prohibición del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, y no tenía cotizadas 750 semanas al 1° de abril de 1994. Agregó que, para el año 1997, no era obligatorio la entrega de proyecciones actuariales a los afiliados por cuanto solamente hasta la Ley 1748 y Decreto 2071 del 2015, se impuso ese deber, sumado a que en 1997, era imposible saber el valor de pensión que recibiría hoy el afiliado.

De forma subsidiaria y, en caso de confirmarse la decisión del a quo, solicitó se revocara el numeral segundo de la decisión recurrida, en el sentido de que no se ordene a esa AFP devolver los gastos de administración a Colpensiones, por cuanto el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la Ley 797 2003, los autorizaba, con el fin de *«financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes»*.

Agregó que, el único beneficiado con el pago de la prima de seguros previsionales era el afiliado, pues estuvo cubierto durante su vinculación a Porvenir por los riesgos de invalidez y muerte, y que gracias a los gastos de administración su capital había generado unos rendimientos financieros; además que, de haber permanecido en el RPM igualmente le descontarían dichos gastos porque este era un concepto fijo en ambos regímenes, y no generaría rendimientos porque este es un beneficio exclusivo del RAIS.

## 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 apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

## PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Porvenir, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES todos 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 MAXIMINO VILLAMIL SANTANA nació el 18 de octubre de 1956; **ii)** que se afilió al ISS donde aportó desde el 23 de septiembre de 1977, al 05 de marzo de 1986, un total de 251,14 semanas (archivo 27 carpeta 01, carpeta 1ª inst. exp. digital); **iii)** que desde el 08 de septiembre de 1986, hasta el 31 de agosto de 2012, su empleador realizó los aportes a pensión en CAJANAL; **iv)** que a partir del 1º de septiembre de 2012, y hasta la fecha a realizado los aportes en Colpensiones-Cajanal (f.º 9 archivo 03 carpeta 01 carpeta 1ª inst. exp digital); **v)** que firmó formulario de afiliación a la Caja Nacional de Previsión Social el 05 de octubre de 1986, con el empleador Contraloría General de la República, el cual fue radicado el 23 de febrero de 1996; y **vi)** que el **01 de octubre de 1997**, suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir reportando como empleador Tecnológico Inespro, y en este fondo permanece hasta la fecha.

De la historia laboral emitida por Colpensiones se observa que si bien esa entidad desde el periodo 07-2009 recibió los aportes provenientes de la Contraloría General de la República, lo cierto, es que en observaciones se registró «*aporte devuelto*» «*No vinculado, trasladado RAI*», lo que significa que no administró estos recursos.

### **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 que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**01 de octubre 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 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 suscrito el 01 de octubre 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).

En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, o porque le realizaron una reasesoría como en este asunto, 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.

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.

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

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

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

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

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

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta

totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, se confirmará la decisión del *a quo* frente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen realizado el 01 de octubre de 1997 al RAIS a través de la AFP Porvenir, 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).

Por último, respecto de la autorización que solicita Colpensiones para ejercer acciones judiciales para reclamar perjuicios, advierte la Sala que esa entidad de encuentra en la libertad de interponer las acciones que considere necesarias en pro de resarcir los perjuicios que considere ocasionados.

### **PRESCRIPCIÓN**

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

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

### **COSTAS 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 Colpensiones y la AFP Porvenir, como quiera que sus recursos de alzadas no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

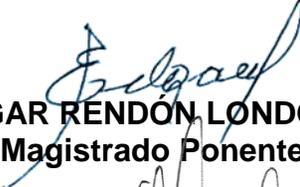
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**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 Colpensiones y la AFP Porvenir. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 para cada una.

**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

<b>RADICADO</b>	110013105036202000371-01
<b>CLASE DE PROCESO</b>	ORDINARIO LABORAL
<b>DEMANDANTE</b>	FULVIA ELVIRA BENAVIDES COTES
<b>DEMANDADO</b>	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los veintiún (21) días del mes de marzo de dos mil veintitrés (2023), 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 **Fulvia Elvira Benavides Cotes** se **declare** nulo o sin efectos el traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), realizado a través de la AFP Porvenir, por omisión al deber de información, en consecuencia, se ordene a esa AFP trasladar a Colpensiones el 100% del valor de sus aportes pensionales junto con los rendimientos financieros, intereses y todo incremento que hayan recibido durante todo el tiempo que los administraron; que se **ordene** a Colpensiones tenerla como afiliada del RPM sin interrupciones desde enero de 1981; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, y a las costas y agencias en derecho.

**Como hechos fundamento de las pretensiones** (archivo 001, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 11 de septiembre de 1958; que se vinculó

al RPM a través de Cajanal desde el 16 de enero de 1981; que a partir del 6 de julio de 1983, se afilió al ISS; que se trasladó al RAIS el 25 de febrero de 1999, a través de la firma de un formulario con la AFP Porvenir, el cual se hizo efectivo a partir del 1° de abril de 1999; que a esa data contaba con 950 semanas cotizadas en el RPM; sin embargo, no le suministraron información precisa, clara, suficiente, detallada y comparada sobre las ventajas y desventajas de cada régimen pensional, ni hubo transparencia en la asesoría brindada, que Porvenir la indujo de forma engañosa a trasladarse al RAIS, pues además NO: *i)* le indicó los diferentes factores que incidirían a futuro en el valor de su mesada pensional; *ii)* le presentaron una proyección pensional que le permitiera revisar el valor de la mesada pensional en uno y otro régimen; *iii)* le explicaron cuanto capital debía acumular para pensionarse; *iv)* le comunicó, ni en la antesala, ni durante, ni después de su afiliación las condiciones que debía acreditar para pensionarse en el RAIS; *v)* le informó que con la misma cotizaciones en el RAIS recibiría una mesada muy inferior a la que le correspondería en el RPM; y *vi)* contó que perdería los beneficios del RPM.

Narró que, tampoco le dijeron que mensualmente de sus aportes le descontarían un porcentaje de gastos de administración; que una vez verificada la simulación pensional emitida por Porvenir y la liquidación de la pensión en el RPM, se evidenciaba una diferencia abismal que nunca fue advertida por la AFP experta en pensiones; y que solicitó ante Porvenir y Colpensiones la anulación de su cambio de régimen, pero ambas entidades negaron lo pretendido.

## **CONTESTACIONES DE LA DEMANDA**

**COLPENSIONES** contestó (Carpeta 06 carpeta 1ª inst. exp digital) oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante; que se afilió al ISS; que presentó petición de anulación de traslado, la cual fue negada; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero.

Propuso como excepciones de fondo, las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen; inexistencia de causal de nulidad o ineficacia de traslado, 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, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada.

La **AFP PORVENIR S.A.**, contestó (Carpeta 04 carpeta 1ª inst. 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 y a otros que no eran ciertos. Aclaró que, en el formulario suscrito por la demandante con Porvenir en el año 1999, se evidenciaba su escogencia libre y voluntaria del RAIS, después de haber recibido información, clara, precisa, veraz y suficiente, acerca de las condiciones, características y funcionamiento del mismo de conformidad con la Ley 100 de 1993; además que, ese era un documento público que se presumía auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP, y debía tenerse en cuenta la declaración allí incorporada.

Agregó que, 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 estaban definidas y establecidas en su totalidad por la ley, sin que las partes pudiesen pactar condiciones diferentes.

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

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 10 de junio de 2022 (carpeta 13 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

*PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por la señora FULVIA ELVIRA BENAVIDES COTES del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, que se hizo efectivo el 1° de abril de 1999 a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A*

*SEGUNDO: ORDENAR a ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., normalizar la afiliación de la actora en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas.*

*TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes a la historia laboral de la demandante*

*CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones de prescripción.*

(...)

El Juzgado de primera instancia, fijó como problema jurídico determinar si el traslado del RPM al RAIS era válido en razón al deber de información. **Basó su decisión fundamentalmente** en que, se encontraba probado que la actora el 25 de febrero de 1999, había suscrito formulario de traslado de régimen con Porvenir, el cual se hizo efectivo a partir del 1° de abril de igual año.

Precisó que, para la fecha en que la demandante suscribió el formulario de traslado al RAIS con la AFP Porvenir en el año 1999, ya existía una obligación legal para los fondos de pensiones de suministrar al potencial afiliado información clara, precisa y congruente en torno al cambio de régimen pensional. Explicó que conforme el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados debían elegir el régimen pensional de manera libre y voluntaria, y que a partir de allí se había desarrollado el deber de información como se leía en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual citó textualmente.

Expuso que, con el paso del tiempo se han expedido normas que han vuelto a ese deber de información más riguroso, pero que, en este puntual asunto, dada la fecha de traslado de régimen 1999 el mismo debía observarse en su primera etapa.

Manifestó 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, CSJ SL 782-2021 y CSJ SL11055-2022).

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 a la promotora del litigio información necesaria para que existiera transparencia en la decisión, pues debía brindar a la demandante los elementos de juicio claros y objetivos, no obstante, Porvenir no había aportado ningún elemento de juicio que llevara al convencimiento de que a la señora Benavides se le hubiese suministrado información necesaria, pertinente y conducente para que ésta tomara una decisión informada en un asunto neurálgico como lo era el cambio de régimen pensional. Que de esa manera y acorde con los lineamientos jurisprudenciales declararía la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Finalmente indicó que, la demandante al momento de su traslado al RAIS estaba vinculada a Cajanal, entidad que fue liquidada, pasando sus afiliados a Colpensiones, razón por la cual sería esta última quien debía recibir a la actora en el RPM.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

**COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación argumentando que conforme la jurisprudencia el deber de información ha venido variando con el paso del tiempo, que para el año 1999, cuando la actora se cambió de régimen la Ley 100 de 1993 establecía que la elección debía ser el resultado del conocimiento de las características de cada régimen pensional, para esa época era imposible para los promotores del fondo privado prever en qué condiciones serían las cotizaciones pensionales del demandante en el futuro, es decir, si serían continuas, sobre el mismo IBC, si el afiliado tendría hijos o demás factores que varían las condiciones pensionales en el RAIS.

Sostuvo que, la firma del formulario de afiliación con Porvenir era totalmente válida, y que no había lugar a declarar su ineficacia, porque ello lo había hecho de forma libre y sin presiones; además, que cada caso debía estudiarse de forma particular, máxime en este que la actora no tenía una expectativa legítima de pensionarse en el RPM.

Señaló que, aunque en el año 1999, la demandante no hubiese recibido una asesoría adecuada por parte del fondo privado con respecto a las características de cada régimen pensional, esa situación se saneó por el paso del tiempo, porque la señora Benavides estuvo varios años en el RAIS sin estar inmersa en la prohibición del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, teniendo tiempo de sobra para indagar sobre su futuro pensional y optar por retornar al RPM si eso era lo que en verdad quería.

Refirió que el Estatuto del Consumidor Financiero, también aplicaba para los afiliados, quienes debían cumplir con deberes como informarse, leer y revisar los formatos de afiliación, obligaciones que la promotora del litigio no cumplió.

Advirtió que, aun cuando la AFP regrese al RPM todos los aportes de la actora, 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 la AFP, y ella fue vinculada únicamente como la entidad que debe recibir a la actora.

La **AFP PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación señalando que conforme el artículo 9° del CC, la ignorancia de la ley no sirve de excusa, lo cual implicaba una presunción legal consistente en que una vez promulgada una ley esta debe ser conocida por todos los habitantes del territorio.

Expuso que, la Ley 100 de 1993 había regulado dos regímenes pensionales, a saber, RPM y RAIS, y que en esta se fijaron las condiciones de afiliación, traslado, cotización y reconocimiento de prestaciones, por lo que al ser esa norma pública, los ciudadanos debían asumir las consecuencias de su inobservancia.

Sostuvo que, bajo ese escenario la demandante debía conocer la norma y las condiciones establecidas al momento de realizar el traslado, sin que puede endilgarle a Porvenir abuso de su posición dominante.

De forma subsidiaria y, en caso de confirmarse la decisión del *a quo*, solicitó se revocara el numeral segundo de la decisión recurrida, en el sentido de que no se ordenara a esa AFP devolver los gastos de administración a Colpensiones, por cuanto

el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la Ley 797 2003, los autorizaba, con el fin de «*financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes*».

Agregó que, devolverlos implicaría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones, además que no existía norma que ordenara esa devolución, porque el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, señalaba que si el traslado se producía del RAIS al RPM, se transferiría a este último el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos, y no se dijo nada de los gastos de administración, porque estos corresponden a las AFP por la labor realizada durante su afiliación a este.

Advirtió que, la actora estuvo cubierta durante su vinculación a Porvenir por los riesgos de invalidez y muerte, y que gracias a los gastos de administración su capital había generado unos rendimientos financieros, además que, de haber permanecido en el RPM igualmente le descontarían dichos gastos porque este era un concepto fijo en ambos regímenes, y no generaría rendimientos porque este es un beneficio exclusivo del RAIS.

## **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 apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

## **PROBLEMA JURÍDICO**

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Porvenir, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES todos 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 Fulvia Elvira Benavides Cotes nació el 11 de septiembre de 1958; *ii)* que se afilió al ISS donde aportó desde el 12 de abril de 1984, al 09 de diciembre de igual año, un total de 23,43 semanas (carpeta 6, carpeta 1ª inst. exp. digital); *iii)* según historia de la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito

Público, a la demandante se le reportó por el Cetil semanas desde el 6 de julio de 1983 hasta el 31 de marzo de 1999, y por el CENISS aportes desde el 19 de diciembre de 1983 hasta el 05 de enero de 1984 (carpeta 4, carpeta 1ª inst. exp. digital); y **iv)** que el **25 de febrero de 1999** suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir, la cual se hizo efectiva a partir del 1º de abril de 1999, y allí permanece hasta la fecha (carpeta 4, carpeta 1ª inst. 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 –**25 de febrero de 1999**-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Porvenir que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP suscrito el 25 de febrero de 1999, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, o porque le realizaron una reasesoría como en este asunto, 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.

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.

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

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

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

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

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

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe

entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, se confirmará la decisión del *a quo* frente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen realizado el 25 de febrero de 1999 al RAIS a través de la AFP Porvenir, 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).

Por último, respecto de la autorización que solicita Colpensiones para ejercer acciones judiciales para reclamar perjuicios, advierte la Sala que esa entidad de encuentra en la libertad de interponer las acciones que considere necesarias en pro de resarcir los perjuicios que considere ocasionados.

## **PRESCRIPCIÓN**

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

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

## **COSTAS 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 Colpensiones y la AFP Porvenir, como quiera que sus recursos de alzadas 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 Colpensiones y la AFP Porvenir. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 para cada una.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO  
Magistrado Ponente

  
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ  
Magistrada

  
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN  
Magistrada