

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105012202100218-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	SAMIRA NASSAR MASSY
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de mayo 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 **Samira Nassar Massy** se **declare** la ineficacia de la afiliación y del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado con Porvenir S.A., haber omitido el cumplimiento del deber de información u la obligación de brindar una asesoría clara, completa, adecuada y eficaz sobre las consecuencias de dicha actuación. Como consecuencia de lo anterior, se **condene** al fondo demandado a trasladar a Colpensiones la totalidad de los saldos de la cuenta de ahorro individual, junto con las sumas que le puedan corresponder por conceptos de intereses, bono pensional, sumas adicionales y rendimientos sin descontar suma alguna por concepto de cuota de administración; que se condene a Colpensiones a realizar su en el RPM sin solución de continuidad y proceda a la corrección e imputación de los tiempos cotizados en su historia laboral; que se **condene** a las

demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 33 a 35 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 2 de marzo de 1965, por lo que a la fecha de presentación de la demanda contaba con 56 años de edad; que estuvo afiliada al RPM administrado por el ISS hoy Colpensiones, por el periodo comprendido entre mayo de 1989 hasta abril de 1996, cotizando un total de 202.1 semanas; que en agosto de 1996, suscribió formulario de afiliación y efectuó del RPM al RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A., que para este momento no se le informó sobre las ventajas ni desventajas y características del RAIS y RPM; que no se le informó sobre las consecuencias que el traslado de régimen pensional conllevaría a su derecho pensional; que al momento del traslado se le indicó que el ISS se iba a acabar y nadie respondería por los tiempos cotizados a dicha entidad; que no se le efectuó una proyección y/o simulación pensional en la que se determinara un posible valor de su mesada pensional en el RAIS ni en el RPM; que el fondo omitió informarle para pensionarse allí, debía tener en su cuenta de ahorro individual un saldo suficiente para solventar una mesada pensional no inferior al 110% del smlmv; que se le informó que podría obtener su derecho a la pensión de vejez a cualquier edad sin asesorarla sobre las condiciones y requisitos para optar por tal posibilidad.

Sostuvo que, no se le indicó sobre la posibilidad de efectuar traslado voluntario de régimen pensional en los términos señalados en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003; que no se le informó sobre la distribución del porcentaje de cotización obligatoria al seguro de invalidez y sobrevivencia, fondo de garantía de pensión mínima y fondo de solidaridad pensional; que tampoco se le informó que del porcentaje de cotización mensual se descontaría una comisión de administración de los aportes efectuados; que no se le hizo entrega del Plan de Pensiones y Reglamento de Funcionamiento conforme lo dispone el artículo 15 del Decreto 656 de 1994; que no se le informó sobre la posibilidad de hacer aportes voluntarios para incrementar el saldo de su cuenta de ahorro individual y poder reunir el capital suficiente para financiar su mesada pensional; que no se le comunicó acerca de su derecho a un bono pensional, sus características y condiciones de redención; que acumula en su vida laboral un total de 1.333 semanas cotizadas al Sistema de Pensiones; que el 5 de abril de 2021, radicó derecho de pensión ante Porvenir solicitando copia del formulario de vinculación, soporte de la asesoría brindada, proyección pensional, que a la fecha de presentación de la demandada la entidad no ha dado respuesta a la petición radicada; que en esta misma fecha se radicó ante Colpensiones reclamación administrativa solicitando la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado del RPM al RAIS; que frente a esta

solicitud no se dio respuesta; que su promedio salarial cotizado en los últimos 10 años al oscila alrededor \$4.000.000 M/cte; que de haber permanecido afiliada en el RPM, podría haber obtenido una mesada pensional de vejez a los 57 años de \$3.200.000.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 12, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante nació el 2 de marzo de 1965; que fue radicado ante Colpensiones reclamación administrativa solicitando la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado del RPM al RAIS. Frente a los demás hechos, manifestó no contestarle. Como excepciones de mérito, propuso las 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 la declaratoria de otras excepciones.

De otro lado, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contestó (archivo 11, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el natalicio de la demandante fue el 2 de marzo de 1965; que ella cuenta en toda la vida laboral un total de 1.333 semanas cotizadas al Sistema de Pensiones; que el 5 de abril de 2021, fue radicado ante la entidad derecho de petición; que su promedio salarial en los últimos 10 años al sistema de pensiones oscila alrededor \$4.000.000 M/cte. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle o no ser ciertos. Como excepciones de mérito, propuso 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 Doce Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 13 de octubre de 2022 (archivos 19 y 20 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación realizada por la señora SAMIRA NASSARMASSY, identificada con C.C. No 51.788.964 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A el 30 de julio de 1996, conforme a lo expuesto en esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la señora SAMIRA NASSAR MASSY al régimen de prima media, conforme lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora SAMIRA NASSAR MASSY tales como como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la

demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados; conforme a lo expuesto.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre PORVENIR S.A., con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la señora SAMIRA NASSAR MASSY al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a PORVENIR S.A y COLPENSIONES e inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 para cada una.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que les corresponde a los fondos privados demostrar que le brindaron una información completa a la afiliada para que se haya tomado la decisión de optar por un cambio de régimen, y el hecho de firmar un formulario de afiliación no significa, per se, que el mismo se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada, agregado que, no se requiere que quien alega la nulidad o ineficacia tenga una expectativa legítima de pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Encontró acreditado que la demandante el día 30 de junio 1996, solicitó traslado al RAIS a través de Horizonte hoy Porvenir, donde se encuentra actualmente. A su vez, que la accionante cotizó a ISS del 4 de mayo de 1989, hasta el 13 de abril de 1996.

Indicó que, del formulario de afiliación se denotaba que la demandante al momento de afiliarse al RAIS lo hizo de manera libre y espontánea; sin embargo, ello no significa que hubiese recibido información suficiente por parte de la administradora respecto de las consecuencias que llevaba su decisión, pues Horizonte hoy Porvenir estaba obligada de informarle de las ventajas y desventajas de su traslado, las pérdidas o ganancias que pudiera tener respecto de los rendimientos de los aportes, la redención de los bonos pensional, casos en los que procede la devolución de aportes, modalidades de la pensión, requisitos para acceder a ella, entre otros; que tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en la que se debía calcular el monto de la pensión y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros previsionales entre otros.

De igual forma, señaló que si bien la demandante para el momento del traslado era mayor de edad y capaz, ello no implica que tuviera conocimiento del tema y mucho menos se puede dar por cierto que tuvo el tiempo suficiente para documentarse sobre el régimen, pues para ello estaba el asesor.

Consideró que, no se afecta la estabilidad financiera del sistema, como quiera que la ineficacia del traslado implica entre otras cosas, el traslado por parte de la AFP de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradoras, rendimientos, y mermas sufridas en el capital destinado para la financiación de la pensión de vejez, y gastos de administración con todos sus frutos e intereses, con los cuales se cubrirán las prestaciones a que haya lugar.

Respecto de la excepción de prescripción, la declaró no probada al considera que, con la nulidad o ineficacia de la afiliación, se persigue en esencia un derecho pensional, el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un periodo de tiempo afectaría los derechos fundamentales del afiliado, así como tampoco los emolumentos que deben trasladar como consecuencia de la ineficacia en la medida que financiaran las prestaciones a que haya lugar en el RPM.

RECURSO DE APELACIÓN

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** formuló recurso de apelación, con la finalidad que se revoque en su integridad la sentencia, señaló que la demandante se afilió al RAIS de manera válida, libre, voluntario y precedida de información, clara y completa, al punto de suscribir formulario de afiliación. Los términos tan rigurosos por los que se reprocha al fondo solo fueron impuestos posteriormente al traslado de la demandante, por lo tanto, la decisión adoptada desconoce los principios de irretroactividad de la ley y seguridad jurídica.

Dijo que, la demandante en el interrogatorio de parte indicio que un asesor le brindó una asesoría que duro 30 minutos, en donde se le informó de las características del RAIS, a su vez, la accionante en su permanencia en el RAIS presentó queja, reclamación o solicitud.

Frente a la condena de devolver rendimientos y gastos de administración, indicó que no resulta coherente que se declare la ineficacia en unos sentidos y en otros no, pues la consecuencia de la ineficacia es que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás, en ese sentido se tendría que los frutos dado por la administración de los recursos de la demandante tampoco se generaron. Por otro lado, al ser los rendimientos privativos del RAIS, pondría en una condición diferente a la señora Pérez Gaviria si se encontrara en el RPM, dado que recibiría dineros que no se generaron en este régimen pensional, en clara contravención a lo establecido en el artículo 897 del Código de Comercio.

También argumentó que, el traslado de recursos entre los regímenes pensionales debe efectuarse conforme lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, por lo tanto, no deben ser incluidos conceptos que no se encuentren allí contemplados.

Respecto de los porcentajes con destino a los seguros de invalidez y muerte, afirma que estos dineros ya fueron trasladados a las correspondientes aseguradoras contratadas por la entidad y con las cuales la demandante tuvo cobertura para estos riesgos, es decir, que cumplieron con la finalidad establecida en la ley, por tanto, no resulta procedente la devolución de estos conceptos; que no hay lugar a devolver estos conceptos de manera indexada, teniendo en cuenta que se esta imponiendo una doble sanción por un mismo monto, generándose un enriquecimiento sin justa causa por parte de Colpensiones.

De igual forma, **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, y para ello señaló que en virtud de la inversión de la carga de la prueba, esta no puede recaer únicamente en cabeza de la AFP, en atención a que la demandante contaba con los medios y las capacidades para comprender lo que estaba firmando, tampoco se puede considerar al demandante como la parte débil del proceso por cuanto se podía ilustrar y asesorarse de la mejor manera.

Señaló que, la ineficacia declarada afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados, pues el demandante ya cuenta con los requisitos para pensionarse y entraría a beneficiarse de los aportes que los demás afiliados han realizado.

Solicitó que, se revoque en costas en primera instancia, debido a que todas las actuaciones realizadas por Colpensiones han sido de buena fe y la negativa de recibir al demandante en el RPM, se basa únicamente en la prohibición legal establecida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003.

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 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 S.A., es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los 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 Samira Nassar Massy nació el 2 de mayo de 1965 (fº 2, archivo 1 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que estuvo vinculada al ISS entre el 04 de mayo de 1989 al 30 de abril de 1996 (fº 37 a 40 archivo 12, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *iii)* que el **30 de julio de 1996**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Horizonte hoy Porvenir, el cual se hizo efectivo a partir del 1º de septiembre de 1996 (fº 43 y 113 archivo 11, de la 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 la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**30 de julio 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 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 Porvenir suscrito el 30 de julio de 1996, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Y es que en este punto debe advertirse que 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 otra parte, respecto del interrogatorio de parte rendido por la parte actora, advierte la Sala que de este no se desprende confesión alguna en los términos del artículo 191 del CGP, que permitan acreditar que, en efecto la gestora del traslado de régimen, esto es, Horizonte hoy Porvenir, haya dado cumplimiento al deber de información que le asiste, pues si bien en su declaración señaló que sostuvo una reunión con un asesor, la que no duró más de 30 minutos, en donde se le explicó algunas características del RAIS, no puede perderse de vista que, la deponente también indicó que el asesor que acompañó el proceso de traslado había manifestado que el ISS iba a desaparecer, que sus aportes estaban en riesgo y que estos hechos

que generaría que se quedara sin la prestación por vejez, aunado lo anterior, por lo anterior, es claro que, la información suministrada a la afiliada estuvo lejos de ser cierta y transparente, pues estuvo precedida de engaño, generando en ella temores infundados respecto de su futuro pensional. Además, tampoco resulta claro que le hubiesen explicado sobre los pormenores y características del régimen de prima media al que pertenecía para aquella data.

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

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

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

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el

nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, 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 lo dispuso el juez de instancia, en la sentencia objeto de censura.

Ahora, no queda duda alguna que dichos valores deben ser indexados, como quiera que por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta pérdida, de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual del actor generó rendimientos, ellos no compensa la devaluación que se pretende proteger con la indexación, por esta razón, no se acogen los fundamentos esbozados por Porvenir.

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

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA

En cuanto a la condena en costas a Colpensiones en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, en los términos del numeral 1° del artículo 365 del CGP, como quiera que la misma fue vencida en juicio, además de haber presentado oposición a las pretensiones de la demanda.

Por otro lado, resulta también pertinente indicar que, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que las costas no son consecuencia de un proceder determinado de las partes, de allí que no interese para su imposición que se haya actuado de buena o mala fe, diligente o negligentemente. Ello por cuanto actuar con probidad y sensatez es un deber que se le exige a toda persona que acude a la justicia a reclamar un derecho, de allí que las costas derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago (CSJ SL4123-2019).

De esta forma, la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir para ejercer su defensa, sin que ello implique que se vean afectados los recursos del sistema general de pensiones de la recurrente, pues la imposición de este gravamen no está con cargo a los recursos con destinación específica provenientes de la seguridad social en pensiones, es decir, recursos del régimen de prima media con prestación definida, sumado al hecho que esta entidad pública cuenta con recursos propios destinados específicamente para atender las contingencias que se deriven de los juicios que se adelanten en su contra.

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: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, el 13 de octubre de 2022, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: 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 Porvenir S.A. y Colpensiones, la suma de \$1.160.000, para cada una de ellas.



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

RADICADO	110013105012202100357-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	LIBARDO MARTÍNEZ POSADA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de mayo 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 **Libardo Martínez Posada** se **declare** la nulidad o ineficacia de la afiliación y del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado con Porvenir S.A., por omisión del deber de información. Como consecuencia de lo anterior, se **condene** al fondo demandado a trasladar a Colpensiones la totalidad de los saldos de la cuenta de ahorro individual, junto con los aportes obligatorio, bono pensional, título pensional, rendimientos en la cuenta de ahorro individual; que se **condene** a Colpensiones a actualizar la historia laboral, teniendo en cuenta el detalle de la devolución de aportes que efectúe el RAIS, para que se vean reflejadas la totalidad de semanas cotizadas; que se **condene** a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº 6 a 8 archivo 4, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 12 de octubre de 1961; que se afilió

y efectuó cotizaciones al Instituto de los Seguro Social para los riesgos de IVM, desde el 29 de julio de 1988; que el traslado a Porvenir se hizo efectivo el 1 de julio de 1996, puesto que suscribió formulario de traslado en 18 de junio de la misma anualidad; que los asesores de Porvenir omitieron datos trascendentales para el reconocimiento de la pensión en el RAIS, de cara a las condiciones más favorables del Régimen de Prima Media; que se omitió informar sobre las mejores condiciones pensionales en el RPM; que su traslado se realizó cuando ya tenía más de 14 años de afiliado al RPM y más de 34 años de edad; que las Administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual, son entidades pertenecientes al sector financiero, controladas y reguladas por la Superintendencia Financiera; que Porvenir no le brindó información veraz, asesoría eficaz, cálculos de los valores a obtenerse como pensión y tampoco estudió o analizó de manera específica su futuro pensional; que se le informó que el ISS se iba a acabar; que se le informó que en el RAIS podría pensionarse a cualquier edad y en mejores condiciones que en el RPM;

Sostuvo que, no se le informó sobre las diferencias entre el RPM y el RAIS; que le informaron que una vez trasladado al RAIS podría disponer del dinero que representaba el bono pensional en cualquier tiempo; que se podía pensionar con un monto superior al que pudiera obtener en el RPM; que nunca se le ilustró sobre las proyecciones del monto de su pensión y sus diferencias en cada uno de los dos regímenes; que Porvenir al momento de su afiliación, lo engañó prometiéndole beneficios pensionales anticipados que no eran susceptibles de darse, ya que no se le explico las condiciones técnicas para acceder al beneficio anticipado; que por negligencia de la AFP, no pudo comparar los beneficios que ofrecían cada uno de los regímenes pensionales, ya que no se le dieron elementos de juicio suficientes para poder tomar una decisión informada, verdaderamente autónoma y consiente; que durante su afiliación a Porvenir no ha recibido información clara, precisa y detallada sobre los beneficios del RAIS; que el asesor no contaba con la cualificación académica, financiera y profesional, suficiente, para brindar asesoría; que nunca se le ilustró sobre las modalidades pensionales al interior del RAIS; que nunca se le informó por escrito, de acuerdo los exige el numeral 4º de la Circular Externa 01 de 2004, de la Superfinanciera, sobre la posibilidad de retornar al RPM; que le solicitó a Porvenir, copia de los documentos informativos entregados al momento del traslado de régimen; que mediante proyección realizada por Porvenir, se realizaron los cálculos pensionales, indicándole que su mesada pensional correspondería \$2.767.600, para la fecha de cumplimiento de 62 años; que en Colpensiones esta equivaldría a \$7.510.600, correspondientes al IBL de los últimos 10 años que suma un total de \$10.729.469; que el 28 de julio de 2021, se agotó reclamación administrativa ante

Colpensiones; que el día 29 de julio de 2021 la entidad dio respuesta negativa a la solicitud de traslado de aportes al RPM.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 7, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante nació el 12 de octubre de 1961; que se afilió y efectuó cotizaciones al Instituto de los Seguro Social para los riesgos de IVM, desde el 29 de julio de 1988; que las AFP son entidades pertenecientes al sector financiero. Frente a los demás hechos, manifestó no contestarle o no ser cierto. Como excepciones de mérito, propuso las 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 la declaratoria de otras excepciones.

De otro lado, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contestó (archivo 10, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que las AFP son entidades pertenecientes al sector financiero. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle o no ser ciertos. Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 20 de octubre de 2022 (archivos 16 y 17 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación realizada por el señor LIBARDO MARTÍNEZ POSADA, identificado con C.C. No 19.485.591 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A el 18 DE JUNIO DE 1996, conforme a lo considerado en esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al señor LIBARDO MARTÍNEZ POSADA al régimen de prima media con prestación definida, conforme lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor LIBARDO MARTÍNEZ POSADA tales como como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados; conforme se indicó en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre PORVENIR S.A., con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación del señor LIBARDO MARTINEZ POSADA al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a PORVENIR S.A y COLPENSIONES a favor del demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 para cada una.

Para Fundamentar su decisión, Sostuvo que les corresponde a los fondos privados demostrar que le brindaron una información completa a la afiliada para que se haya tomado la decisión de optar por un cambio de régimen, y el hecho de firmar un formulario de afiliación no significa, per se, que el mismo se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada, agregado que, no se requiere que quien alega la nulidad o ineficacia tenga una expectativa legítima de pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Encontró acreditado que la demandante el día 18 de junio de 1996, solicitó traslado al RAIS a través de Porvenir, donde se encuentra actualmente; que la accionante cotizó a ISS del 29 de julio de 1988, hasta el junio de 1996. De igual forma, QUE de la historia válida para bonos pensionales se evidenciaba que el actor había Trabajador en el Hospital San Rafael de Pacho entre mayo de 1986, a mayo de 1987, y en la Policía Nacional del 29 de octubre de 1991 al 28 de diciembre de 1995.

Indicó que, del formulario de afiliación se denotaba que la demandante al momento de afiliarse al RAIS lo hizo de manera libre y espontánea, sin embargo, ello no significa que hubiese recibido información suficiente por parte de la administradora respecto de las consecuencias que llevaba su decisión, pues Porvenir estaba obligada de informarle de las ventajas y desventajas de su traslado, las pérdidas o ganancias que pudiera tener respecto de los rendimientos de los aportes, la redención de los bonos pensional, casos en los que procede la devolución de aportes, modalidades de la pensión, requisitos para acceder a ella, entre otros.

Dijo que, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en la que se debía calcular el monto de la pensión y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaria para gastos de administración y seguros previsionales entre otros; señaló que, si bien la demandante para el momento del traslado era mayor de edad y capaz, ello no implica que tuviera conocimiento del tema y mucho menos se puede dar por cierto que tuvo el tiempo suficiente para documentarse sobre el régimen, pues para ello estaba el asesor.

Consideró que, no se afecta la estabilidad financiera del sistema, como quiera que la ineficacia del traslado implica entre otras cosas, el traslado por parte de la AFP de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradoras, rendimientos, y mermas sufridas en el capital destinado para la financiación de la pensión de vejez, y gastos de administración con todos sus frutos e intereses, con los cuales se cubrirán las prestaciones a que haya lugar.

Respecto de la excepción de prescripción, la declaró no probada al considera que, con la nulidad o ineficacia de la afiliación, se persigue en esencia un derecho pensional, el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un periodo de tiempo afectaría los derechos fundamentales del afiliado, así como tampoco los emolumentos que deben trasladar como consecuencia de la ineficacia en la medida que financiaran las prestaciones a que haya lugar en el RPM.

RECURSO DE APELACIÓN

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** formuló recurso de apelación únicamente contra el numeral tercero de la sentencia, teniendo en cuenta para ello que, la indexación es improcedente, como quiera que no ha existido devaluación de la monera en consideración a los rendimientos otorgados al demandante superan con creces cualquier devaluación económica que se pudo haber presentado sobre los aportes del demandante.

Señala que, los rendimientos financieros incluyen los frutos e intereses que se obtuvieron con los dineros recibidos por la AFP, como consecuencia de la afiliación del demandante, por lo tanto, se entiende que este obro es excluyente con la indexación ordenada.

De igual forma, **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, y para ello señaló que en virtud de la inversión de la carga de la prueba, esta no puede recaer únicamente en cabeza de la AFP, en atención a que la demandante contaba con los medios y las capacidades para comprender lo que estaba firmando, tampoco se puede considerar al demandante como la parte débil del proceso por cuanto se podía ilustrar y asesorarse de la mejor manera.

Expresó que, la ineficacia declarada afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados, pues el demandante ya cuenta con los requisitos para pensionarse y entraría a beneficiarse de los aportes que los demás afiliados han realizado.

Solicitó que, se revoque en costas en primera instancia, debido a que todas las actuaciones realizadas por Colpensiones han sido de buena fe y la negativa de recibir al demandante en el RPM, se basa únicamente en la prohibición legal establecida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003.

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 lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Porvenir S.A., es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los todos 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 Libardo Martínez Posada que estuvo vinculado al ISS entre el 29 de julio de 1988 al 30 de junio de 1996 (fº 72 a 77 archivo 1 y archivo 8, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *ii)* que el **18 de junio de 1996**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir, el cual se hizo efectivo a partir del 1º de agosto de 1996 (fº 84 y 87 archivo 10, de la 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 la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**18 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 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 18 de junio de 1996, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Y es que en este punto debe advertirse que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-

2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora, no queda duda alguna que dichos valores deben ser indexados, como quiera que por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta pérdida, de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual del actor generó rendimientos, ellos no compensa la devaluación que se pretende proteger con la indexación, por esta razón, no se acogen los fundamentos esbozados por Porvenir.

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

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA

En cuanto a la condena en costas a Colpensiones en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, en los términos del numeral 1° del artículo

365 del CGP, como quiera que la misma fue vencida en juicio, además de haber presentado oposición a las pretensiones de la demanda.

Por otro lado, resulta también pertinente indicar que, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que las costas no son consecuencia de un proceder determinado de las partes, de allí que no interese para su imposición que se haya actuado de buena o mala fe, diligente o negligentemente. Ello por cuanto actuar con probidad y sensatez es un deber que se le exige a toda persona que acude a la justicia a reclamar un derecho, de allí que las costas derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago (CSJ SL4123-2019).

De esta forma, la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir para ejercer su defensa, sin que ello implique que se vean afectados los recursos del sistema general de pensiones de la recurrente, pues la imposición de este gravamen no está con cargo a los recursos con destinación específica provenientes de la seguridad social en pensiones, es decir, recursos del régimen de prima media con prestación definida, sumado al hecho que esta entidad pública cuenta con recursos propios destinados específicamente para atender las contingencias que se deriven de los juicios que se adelanten en su contra.

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 alza no prosperaron, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

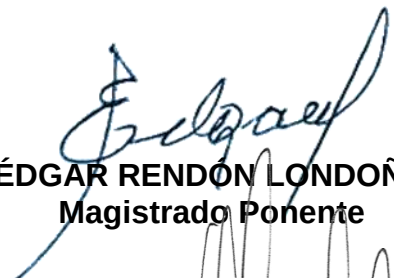
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, el 20 de octubre de 2022, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: 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 Porvenir S.A. y Colpensiones, la suma de \$1.160.000, para cada una de ellas.



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

RADICADO	11001310501520210051001
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	CARMENZA LEAL MENDOZA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y uno (31) días del mes de mayo 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 **Carmenza Leal Mendoza** que 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 Porvenir S.A. por la omisión al deber de información en que incurrió este fondo privado al momento en que se efectuó tal cambio de régimen. En consecuencia, que se ordene a Porvenir S.A. a retornarla al RPM, junto con los aportes de su cuenta individual, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado. Igualmente, pretende que se ordene condene a Colpensiones a aceptar su traslado y a recibir los aportes pensionales. Finalmente, pretende 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 01- 20 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señala que desde el 01 de febrero de 1981 hasta el 31 de mayo

de 1996, estuvo afiliada al Instituto de Seguro Social, contando con un total de 151,86 semanas cotizadas en el RPM; que en abril de 1996, un asesor de la AFP Porvenir S.A. visitó su lugar de trabajo para persuadirla de que se trasladara del RPM al RAIS con Porvenir S.A.; que el asesor indicó que el entonces ISS sería liquidado y que sus aportes estarían en riesgo, que en el RAIS podría retirar el capital acumulado cuando lo deseara y que podría pensionarse en el momento que quisiera. Sostiene que, guiada por todo lo expuesto, en abril de 1996, realizó el traslado del RPM al RAIS administrado por Porvenir S.A.

Afirmó que, al mes de marzo de 2021, tenía cotizadas 1.408 semanas al Sistema General de Pensiones; que el 23 de junio de 2021, radicó derechos de petición ante la AFP Porvenir S.A. y ante Colpensiones, solicitando se declarara la nulidad del traslado y se le retornara al RPM y que ambas entidades contestaron negativamente sus requerimientos; que la AFP Porvenir S.A. le realizó una simulación personal que arrojó como resultado que el valor de su mesada pensional al cumplir los 57 años sería de \$958.781; que en Colpensiones su mesada ascendería a \$2.315.487

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f°1-08 archivo 09, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la demandante estuvo afiliada al ISS desde el 01 de febrero de 1981, hasta el 31 de mayo de 1996; que para esa época contaba con un total de 151,86 semanas; que la demandante había presentado una solicitud de nulidad y de retorno al RPM ante Colpensiones el 23 de junio de 2021, así como que despachó desfavorablemente tal requerimiento. Frente a los demás hechos, indicó no constarle.

Como excepciones de mérito propuso las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (f° 1 a 25 archivo 12, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante había presentado una solicitud de nulidad y de retorno al RPM ante Porvenir S.A. el 23 de junio de 2021, así como que despachó desfavorablemente tal requerimiento; que ese fondo había efectuado una proyección pensional con el resultado indicado en la demanda, pero aclaró que su contenido no correspondía a una situación jurídica concreta. Respecto de los restantes hechos, dicho que no eran ciertos o no le constaban.

Como excepciones de mérito propuso 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 Quince Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 06 de octubre de 2022 (archivo 16 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación o el traslado efectuado por la señora demandante CARMENZA LEAL MENDOZA del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de la AFP PORVENIR S.A. el día 23 de abril de 1996 y ORDENAR a esta AFP, traslade la suma que obra en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y si existe ya consolidado un bono pensional a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y a esta a recibir los recursos, reactive la afiliación de la señora demandante y lo acredite como semanas efectivamente cotizadas al régimen de prima media, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual, dada la consecuencia natural de esta ineficacia, conforme se expresó en la parte motiva.

SEGUNDO: NO CONDENAR EN COSTAS ni a favor ni en contra de ninguna de las partes, conforme se expuso en la parte motiva

TERCERO: DECLARAR no demostradas las excepciones propuestas por las partes demandadas y si la presente providencia no fuere impugnada y dada la naturaleza jurídica de Colpensiones, se remitirán las diligencias al superior para que las revise en el grado jurisdiccional de consulta.

Para **Fundamentar su decisión**, el Juez de primera instancia resaltó que se encontraba demostrado que la señora demandante inició su vida laboral en el RPM el día 01 de febrero de 1981, cotizando en el ISS hasta el mes de mayo de 1996, un total de 151,26 semanas; que el día 23 de abril de 1996, la demandante suscribió formulario de afiliación o traslado de RPM al RAIS administrado por Porvenir S.A. trasladándose entonces a partir de este momento, afiliación que se ha mantenido a la fecha.

Resaltó que, el literal b) del artículo 13 de la Ley de 100 de 1993, determina que la selección de régimen debe ser libre y voluntario por parte del afiliado; que el artículo 271 del mismo cuerpo normativo, dispuso que si cualquier persona natural o jurídica limitaba o atentaba contra ese derecho de libre elección, la afiliación del trabajador quedaría sin efecto.

Indicó que, la Sala Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde el año 2008 ha venido desarrollando una línea jurisprudencial sobre la materia, frente a lo cual consideró importante puntualizar en dos aspectos, el primero de ellos, en lo que tiene

que ver con el deber de información y, el segundo, relacionado con la carga de la prueba. Así, indicó que en sentencia CSJ SL2311-2011, la Corte preceptuó que era ineficaz la afiliación cuando la insuficiencia de la información generara una lesión en el afiliado impidiéndole el acceso al derecho a una elección libre e informada, sin que sea suficiente para garantizar este derecho, el simple diligenciamiento de un formulario.

Arguyó que, en sentencia más recientemente CSJ SL1942-2022, la Alta Corporación rememoró que la elección de régimen pensional debía ser libre y voluntaria y que, para ello, tenía que estar precedida de una orientación clara y veraz sobre las ventajas y desventajas del traslado, de modo de los afiliados pudiesen conocer el funcionamiento de cada régimen, en un lenguaje claro, simple y comprensible. De ese mismo falló, expuso el A quo que las AFPs tenían la obligación de poner en conocimiento de los afiliados los elementos definitorios de cada régimen de manera estos pudiesen elegir, después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno, pues la transparencia imponía la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva, sin sobredimensionar lo positivo ni omitir lo negativo o parcializar la información.

Sobre la carga de la prueba, expuso que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en amplia jurisprudencia, entre la que destacó la sentencia CSJ SL1688-2019, ha establecido que se presenta una inversión a favor del afiliado, por lo que le corresponde a la AFP demostrar y llevar a la convicción al Juez sobre que el acto de traslado goza de plena validez. Ello por cuanto la alegación del afiliado con relación a la ausencia del cumplimiento del deber de información corresponde a una negación indefinida, la cual debía valorarse bajo la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso, que indica este tipo de negaciones no requieren prueba; en consecuencia, a quien le correspondía comprobar el hecho positivo contrario, es decir, la debida asesoría e información era justamente a la administradora de fondo de pensiones.

Determinó que, con las pruebas obrantes en el expediente, no era posible establecer que Porvenir S.A. en el año 1996, le hubiese expuesto a la demandante las características, ventajas y desventajas objetivas de los regímenes vigentes, así como tampoco las consecuencias jurídicas del traslado, pues para demostrar el cumplimiento del deber de información no bastaba con la manifestación consignada en el texto preimpreso del formulario, como tampoco que le hubiesen informado algunas de las ventajas del RAIS. Señaló, además, que del interrogatorio practicado a la demandante no se obtuvo confesión alguna, pues está indicó no saber cuáles eran las desventajas del RAIS, ni los requisitos necesarios para obtener las prestaciones económicas. Expuso que para el Despacho era evidente que en el año 1996, y siguientes, las AFP a través de sus

asesores motivaban a las personas a trasladarse para dar impulso comercial a sus contratantes, sin dar explicaciones sobre las implicaciones de tal acto. Con base en lo expuesto, dijo que debía declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante del año 1996, y ordenar que se regresen sus recursos a Colpensiones.

Frente a los gastos de administración, indicó que no era procedente su devolución porque legalmente la Ley habilitaba a las administradoras de ambos regímenes a cobrar estos rubros, como tampoco era viable ordenar la devolución de las primas de los seguros previsionales, ya que correspondían a recursos destinados a las aseguradoras encaminados a proteger al afiliado de contingencias de invalidez y muerte, cobertura que efectivamente se había brindado y, determinó que, en todo caso, las aseguradoras eran terceros de buena fe.

En cuanto a la excepción de prescripción, señaló que, por disposición del artículo 48 de la Constitución Política la seguridad social es un derecho de carácter irrenunciable y que, conforme lo ha establecido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la declaración de ineficacia del traslado no está sometida al termino trienal, por corresponder a un asunto que está estrechamente ligado a la construcción de un derecho pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación parcial en contra de la sentencia solo frente a la ausencia de orden de traslado de la totalidad de la cotización, de los gastos de administración y comisiones, pues resaltó que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema en sentencia SL2877-2020 ha indicado que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico por el incumplimiento al deber de información era la ineficacia en sentido estricto, lo que implica que se debía proceder como si el traslado jamás se hubiese efectuado, por lo que los fondos privados debían trasladar la totalidad del capital ahorrado, junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones, con cargo a sus utilidades, pues la declaratoria debía tener un efecto retroactivo.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta 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 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 todos aportes realizados por la actora en el RAIS, junto con gastos de administración y demás emolumentos descontados por esta administradora.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora **Carmenza Leal Mendoza** nació el 20 de enero de 1960 (f°16 archivo 02 carpeta 1ª inst. exp. digital); **ii)** que se afilió al ISS desde el 1 de febrero de 1981, hasta 31 de mayo de 1996, cotizando 151,86 semanas (historia laboral archivo 10 carpeta 10 primera. inst. exp. digital); y **iii)** que el 23 de abril de 1996, solicitó el traslado al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Porvenir S.A., el cual se hizo efectivo a partir del **1° de junio de 1996** (f.°99-104, archivo 12., carpeta 1ª inst. 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 la afiliada 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 SL1055-2022, en la que se expuso:

Pues bien, es menester recordar que la Corte ha precisado de manera pacífica y reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP 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, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464- 2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).

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).

Ahora bien, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993 se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, 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- y el parágrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: «*PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.*»

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 –**01 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 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, 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).

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. Sobre el particular, cabe traer a colación lo establecido por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia SL1729-2022:

Ahora bien, y contrario a lo afirmado por el ad quem, las alusiones y afirmaciones que giran en torno a la profesión de la demandante no tienen asidero en este tipo de controversias, pues, como ha sido reseñado por esta Sala, ni aun trabajando en el sector, los profesionales financieros tienen el conocimiento, la experiencia y la comprensión sobre el sistema pensional, y a partir de ello no podría colegirse que se excluya del deber del fondo de pensiones la obligación de brindar información sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, y las consecuencias del traslado (CSJ SL3349-2021).

Frente al reparo efectuado por Colpensiones según el cual el A quo debió ordenar el reembolso o la devolución **de los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos descontados**, advierte esta Sala que le asiste razón a la entidad demandada. En efecto, 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 necesario disponer que la AFP traslade 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 y sobre lo cual versa la apelación; 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.

Ahora, en razón a que el Juzgado en la parte resolutive de la sentencia no negó de manera taxativa la devolución de tales emolumentos, considera esta Sala que no es necesario revocar el fallo de primera instancia, pero sí resulta procedente

adicionarlo, en el sentido de condenar a la AFP Porvenir S.A., a pagar con su propio patrimonio, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

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

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo como tampoco las consecuencias económicas que esta declaración se derivan (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

No se causan costas en razón a que prosperó el recurso formulado por Colpensiones.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR NUMERAL PRIMERO de la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a pagar con su propio patrimonio y trasladar a Colpensiones, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada

TERCERO: 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

RADICADO	11001310501620190024101
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	GUSTAVO PITA VEGA
DEMANDADO	FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de mayo 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 **Gustavo Pita Vega** se **declare** que el Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia es el ente obligado al pago de la pensión causada por el tiempo prestado al extinto Ferrocarriles Nacionales de Colombia; que se **condene** al demandado al reconocimiento y pago de la indexación de la pensión plena de jubilación y con efectividad a partir de la fecha en la que empezó el goce de la prestación, esto es, a partir del 22 de abril de 2002; que se **condene** al reconocimiento y pago de las diferencias de la pensión, resultantes de la aplicación de la indexación, hasta la fecha de inclusión en nómina, sin perjuicio de la aplicación de los reajustes pensionales anuales de ley; que se **condene** a la demandada al pago de las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº 7 a 9), señaló en síntesis, que durante la relación laboral con la extinta empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia, siempre ostentó la calidad de trabajador oficial; que esta empresa le reconoció pensión de jubilación especial proporcional al tiempo servido, teniendo en

cuenta el Decreto 895 y 1651 de 1991; que Ferrocarriles Nacionales de Colombia se empezó a liquidar desde el 18 de julio de 1989; que fue pensionado con el 60% de su último salario promedio de liquidación a partir de la fecha de su retiro sin consideración a su edad; que el régimen pensional solo era y es visible en el sector oficial a través de convenios extralegales y convencionales; que la pensión especial de jubilación proporcional perdía vigencia al cumplimiento de los 50 años de edad, cuando se acompase con el régimen pensional de empleado oficial, concediéndosele el reconocimiento y pago de la pensión plena de jubilación; que conforme los Decretos 895 y 1651 de 1991, esta pensión es equivalente al 75% del último salario promedio de liquidación consolidado en la empresa ferroviaria.

Sostuvo que, la demandada le reconoció su pensión de jubilación con efectividad a partir de su fecha de retiro, que fue el 8 de agosto de 1991, sin consideración a la edad; que el salario promedio devengando en el último año de servicio fue de \$290.223,39; que se determinó que el monto de la primera mesada pensional sería igual al 60% de su último salario promedio de liquidación; que laboró para esta empresa 17 años y 5 días; que nació el 22 de abril de 1952, cumpliendo los 50 años de edad en el año 2002; que a partir del 22 de abril de 2002, le fue reconocida la a pensión plena de jubilación; que del 8 de agosto de 1991 al 22 de abril de 2002 el poder adquisitivo de la moneda Colombiana se afectó y por ende su pensión plena de jubilación; que se realizó reclamación administrativa; que a la pensión plena de jubilación no se le reconoció la indexación.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES** contestó (f° 21 a 27 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el demandante laboró con la extinta empresa de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, por espacio de 17 años y 5 días, ostentando la calidad de trabajador oficial; que le fue reconocida pensión de jubilación especial proporcional al tiempo servido, equivalente al 60% del promedio salarial del último año; que le fue reconocida pensión de jubilación, con efectividad a partir de su fecha de retiro, esto es el 8 de agosto de 1991; que el promedio devengado en el último año de servicio fue de \$290.223,39; que nació el 22 de abril de 1952 y la edad de 50 años, fue cumplida en el año 2002; que a partir del 22 de abril de 2002, le fue reconocida una pensión plena de jubilación; que agotó reclamación administrativa. Frente a los demás supuestos fácticos, indicó que no eran ciertos. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, falta de causa y título para demandar y genérica.

En atención a lo dispuesto en los Acuerdos PCSJA20-11686 del 10 de diciembre de 2020 y CSJBTA20-109 del 31 de diciembre de 2020, el expediente de la referencia, fue trasladado del Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá al Juzgado Cuarenta y uno Laboral del Circuito del mismo distrito judicial.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta y uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 24 de agosto de 2021 (f° 45 a 47), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a la demandada FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda elevadas por GUSTAVO PITA VEGA, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: RELEVARSE del estudio de las excepciones elevadas por las demandadas.

TERCERO: CONDENAR en las costas, incluidas las agencias en derecho, al demandante y a favor de la demandada en la suma de \$1.000.000.

CUARTO: REMITIR copia de esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo normado en el artículo 48 de La ley 2080 de 2021.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que se encontraba acreditado dentro del proceso, que al demandante le fue reconocido pensión de jubilación proporcional de carácter especial, mediante la Resolución 2413 del 8 de octubre de 1991, prestación que fue reliquidada mediante Resolución 2093 del 19 de julio de 1995, en cuantía de \$213.343.44, a partir del 8 de agosto de 1991; que en el acto administrativo 2413 del 8 de octubre de 1991, se indica que el beneficiario tiene derecho a la pensión de jubilación ordinaria del 75% del salario promedio devengado en los últimos 6 meses de servicios con los reajustes anuales pertinentes, al cumplir los 50 años de edad.

Conforme a ello, al demandante le fue reconocida una pensión acorde con los dispuesto en el Decreto 891 de 1991, modificado por el Decreto 1651 de la misma anualidad, pensión a la que se le aplicó un porcentaje diferente, en razón al tiempo de servicio acreditado al momento de su reconocimiento, el cual fue del 60%, dado que había laborado para Ferrocarriles Nacionales de Colombia entre el 11 de julio 1974 al 7 de agosto de 1991, esto es, un total de 17 años y 5 días, prestación que fue incrementada al 75% a partir del 22 abril de 2002, es decir, al cumplimiento de los 55 años de edad, conforme Resolución 1019 del 22 de mayo de 2002, y en los términos del artículo 7 ibídem.

De otro lado, manifestó que conforme las sentencias con número de radicación 15281 de 2001, 31238 de 2007, 34009 de 2008 y 4287 de 2012 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la pensión especial contenida en los Decretos 895 y 1651 de 1991, fue estatuida con carácter provisional y su finalidad estuvo destinada a facilitar la liquidación de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, por ello, la pensión reconocida al demandante mutó a la pensión plena de jubilación, la que fue acrecentándose conforme los incrementos legales, por lo que concluyó que se trataba de una misma pensión o prestación, pues esta fue reconocida inicialmente teniendo en cuenta para ello el tiempo de servicios y fue incrementada al 75% al cumplir los 50 años de edad.

Por ello, concluyó que no era viable el reconocimiento de la indexación sobre la al valor inicial de la mesada pensional, dado que se trata de una misma prestación liquidada al momento de la fecha del retiro del servicio, la cual fue incrementada posteriormente en su monto. De igual forma, manifestó que uno de los objetivos perseguidos por la indexación, es que las acreencias pensionales sean entregadas de manera actualizada para que no se presente pérdida del poder adquisitivo, tal y como ha sido considerado por la Corte Constitucional desde la sentencia SU1073 de 2012, entonces al haber sido reconocida esta prestación al actor a partir del día siguiente de su desvinculación del servicio, resultaba claro que había existido una depreciación económica.

RECURSO DE APELACIÓN

El señor **Gustavo Pita Vega** a través de su apoderado judicial, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, con la finalidad que la misma sea revocada en su integridad y en consecuencia se acoja la totalidad de las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta para ello que, conforme las sentencias con número de radicación 82149 y 75960 de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, si existe una depreciación de la primera mesada pensional del actor. Adicionalmente, argumenta que conforme la sentencia SU 1073 de 2012 de la Corte Constitucional, todas las mesada pensionales deben ser indexadas cuando se compruebe que entre la fecha de retiro y fecha de goce de la pensión existió un tiempo prudencial para que se registrara un deterioro del poder adquisitivo, por ello, y en el caso del actor, el 8 de agosto de 1991, se produjo el retiro y el goce de la pensión plena de jubilación se dio el 22 de abril de 2002, es decir, más de 11 años, resultando evidente la pérdida del poder adquisitivo

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si hay lugar a indexar la primera mesada de la pensión plena de jubilación.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor Gustavo Pita Vega nació el 22 de abril de 1952, por lo tanto, los 50 años de edad fueron cumplidos el mismo día y mes del año 2002 (f° 85 del archivo obrante en CD fl. 39); **ii)** que estuvo vinculado como trabajador oficial con el extinto Ferrocarriles Nacionales de Colombia, mediante contrato de trabajo entre el 11 de junio de 1974, al 7 de agosto de 1991 (f° 3); **iii)** que el último salario promedio devengado en los seis últimos meses de servicio fue de \$213.343,44 (f° 20 del archivo obrante en CD fl. 39); **iv)** que Ferrocarriles Nacionales de Colombia mediante Resolución 2413 del 8 de octubre de 1991, le reconoció pensión mensual vitalicia de jubilación de carácter especial a partir del día en que se produzca el retiro definitivo del servicio a la empresa; **v)** que mediante Resolución 2093 del 19 de julio de 1995, se dispuso la reliquidación de la pensión, estableciéndose para ello una mesada pensional equivalente a \$213.343,44, a partir del 8 de agosto de 1991; **vi)** que mediante Resolución 1010 del 22 de mayo de 2002, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, modifica la Resolución 2413 de 1991, en el sentido de pagar la pensión plena de jubilación a partir del 22 de abril de 2002, incrementando el porcentaje de reconocimiento de la pensión al 75%, equivalente a \$1.592.071,80, para esta data (f° 6 a 8, 20, 21 y 54 a 56 del archivo obrante en CD fl. 39)

PENSION PLENA DE JUBILACION

Previo a determinar la procedencia de la indexación deprecada por la parte actora, es menester determinar la naturaleza de la pensión reconocida al promotor de la contienda y para ello, se trae a colación la sentencia CSJ SL2054-2022 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en donde se puntualizó:

En ese sentido, la Sala reitera el criterio vertido en su momento en las providencias CSJ SL, 07 nov. 2012, rad. 42807; CSJ SL, 05 ag. 2009, rad. 36569; CSJ SL, 07 oct. 2008, rad. 34009 y CSJ SL, 19 sep. 2007, rad. 31238, entre otras, en el sentido de que el artículo 7.º del Decreto 895 de 1991, modificado por el artículo 3.º del

Decreto 1651 de 1991, en efecto describe dos (2) pensiones diferentes: i) la de la parte primera del artículo (pensión especial de jubilación proporcional) que tiene como requisitos acreditar 15 años de servicios exclusivos a la entidad, bien para la entrada en vigencia del citado decreto, o para la fecha en que debía culminar el proceso de liquidación -17 de julio de 1992-, sin importar la edad, y que muta en pensión plena cuando se arriba a los 50 años de edad, con lo cual se aumenta la tasa de reemplazo al 75%; y una segunda, ii) la del párrafo del artículo, que exige demostrar 15 años en el sector oficial continuos o discontinuos, de los cuales 10 deben ser servidos en forma exclusiva a la empleadora FFNN (permite la acumulación de tiempos) y 50 años de edad, a la fecha de su liquidación.

También es importante tener en cuenta, aclarar y precisar que para las pensiones a que se refiere el Decreto 895 de 1991, con su modificación, el artículo 9.º de esa disposición prevé que en su liquidación se aplicarán los factores salariales de ley vigentes al momento de la publicación de ese decreto y, el artículo 10.º señala que las pensiones especiales allí establecidas «se asimilarán y sustituirán a la pensión vitalicia de jubilación y se liquidarán con base en el promedio del salario devengado durante los últimos seis (6) meses de servicio en la Empresa».

La especialidad de dichas pensiones estriba en que fueron concebidas para una situación muy particular, la liquidación de la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia, en la cual se quiso establecer un régimen más benévolo que no dejara desamparados a aquellos trabajadores que al momento de la liquidación no reunían los requisitos para pensionarse de conformidad con los sistemas legales asequibles al sector público (v. gr. Ley 33 de 1985 y Ley 71 de 1988) o convencionales vigentes en ese momento. Así lo entendió de vieja data esta Sala de Casación y, por ello, en sentencia CSJ SL, 22 feb. 2001, rad. 15281, reiterada en muchas otras.

Conforme a lo anterior, debe indicarse por parte de esta Sala que, la pensión plena de jubilación, no es diferente a la pensión reconocida por el otrora Ferrocarriles Nacionales de Colombia en la Resolución 2413 del 8 de octubre de 1991, debido a que esta fue reconocida sobre el 60% del salario promedio, como quiera que el demandante acreditó 17 años de servicio para esta entidad, acorde con lo dispuesto en el artículo 7º del Decreto 895 de 1991, modificado por el artículo 3º de Decreto 1651 de la misma anualidad, prestación que incrementa su tasa de reemplazo al 75% cuando el pensionado alcanza la edad de 50 años.

Así las cosas, como quiera que el señor Gustavo Pita Vega para el 22 de abril de 2002, acreditó el cumplimiento de los 50 años de edad, a partir de esta fecha le asistía derecho a que su prestación se acrecentara en la forma indicada anteriormente, tal y como fue reconocido por la llamada a juicio en la Resolución 1019 del 22 de mayo de 2002.

INDEXACIÓN DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL

Decantado lo anterior, ocupa la atención de este órgano colegiado la procedencia de la indexación de la primera mesada y para ello, se debe indicar que, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL5087-2020, frente al tema objeto de estudio indicó:

Sobre el particular, recientemente esta Sala, en sentencia SL649-2020, resolvió en un caso de similares supuestos lo siguiente:

En efecto, esta Sala de la Corte en sentencia CSJ SL, 28 ago. 2012, rad. 46832, precisó que se requiere que transcurra un lapso entre el retiro del servicio y el goce de la prestación para que sea procedente la actualización del ingreso base de liquidación, postura que ha sido reiterada en providencias CSJ SL, 5 jun. 2012, rad. 51403, CSJ SL698-2013, CSJ SL4106-2014, CSJ SL8248-2014, CSJ SL10506-20174, CSJ SL11386-2014, CSJ SL11384-2014, CSJ SL1361-2015, CSJ SL13076-2016, CSJ SL3191-2018 y CSJ SL2880-2019. Sobre el tema señaló:

(...) “Ya frente a la discusión jurídica que plantea el recurrente, debe resaltar la Sala que, a pesar de que el Tribunal dijo que la corrección monetaria de las pensiones tenía un carácter excepcional en el ordenamiento jurídico y que no se había generado en el caso del actor un retardo en el pago de la prestación que la justificara, aspectos que ya han sido recogidos ampliamente por la nueva jurisprudencia de esta Corporación en materia de indexación de las pensiones, lo cierto es que para el ad quem aquélla constituía un mecanismo para paliar la pérdida del valor del peso, entre la fecha del retiro del servicio y la del reconocimiento del derecho y la misma procedía cuando la base salarial hubiese sufrido desmedro entre estas fechas, por lo que encuentra la Sala que las manifestaciones mencionadas del ad quem, a pesar de pasar por alto lo planteado por la jurisprudencia, no afectan la esencia de la decisión tomada.

“Ahora bien, en efecto tal como lo afirma el recurrente y lo entendió el mismo Tribunal, la teleología de la figura de la corrección monetaria de las pensiones no es otra sino la de contrarrestar los efectos deflacionarios de la economía del país, para mantener el valor adquisitivo de aquéllas, que se ve afectado necesariamente con el transcurso del tiempo entre el retiro del servicio del trabajador y el cumplimiento de la totalidad de los requisitos para el otorgamiento de la pensión, tal como lo sostuvo esta Sala en las sentencias que modificaron los criterios jurisprudenciales anteriores en la materia (...).

(...) “En este orden de ideas, no pudo incurrir el Tribunal en yerro jurídico alguno, dado que, entre el momento de la terminación del contrato del actor, esto es, el 31 de agosto de 1995 y el del reconocimiento de la pensión, es decir, el día siguiente, no hubo una desmejora apreciable en el ingreso base de liquidación (...).” (Sentencia del 12 de abril de 2011, Rad. 45922).

En este preciso caso el Tribunal estableció que la demandante no tenía derecho a la indexación de la primera mesada de su pensión, en la medida en que había sido reconocida a partir del día siguiente al que feneció su vinculación laboral y, tras ello, no se había verificado un periodo de tiempo dentro del cual se hubiera dado lugar a una pérdida del poder adquisitivo del salario base de liquidación.

Esto es que, en plena correspondencia con la jurisprudencia trazada por esta Corporación en torno al tema, al encontrar que la pensión fue concedida y pagada de manera concomitante con la terminación del contrato de trabajo, el Tribunal no distinguió una notoria pérdida del poder adquisitivo del salario, que abriera paso a la posibilidad de actualizarlo. Con ello, no incurrió en los yerros que le endilga la censura que, de otro lado, no expuso argumentos que impusieran una modificación o reconsideración de la posición reiterada y pacífica que se tiene frente a la cuestión analizada. (negritas fuera del texto).

Acorde con dicho criterio jurisprudencial, es claro que resulta totalmente improcedente disponer la indexación en la forma pretendida por la parte actora, como quiera que el salario promedio tenido en cuenta para liquidar la prestación reconocida al convocante a juicio, no se ha visto afectado por la pérdida del poder adquisitivo, en vista que él se retiró del servicio el 7 de agosto de 1991, y a partir del día siguiente

empezó a percibir una mesada pensional equivalente a \$213.343,44, conforme se extrae del contenido de la Resolución 2093 del 19 de julio de 1995; entonces, al no haber transcurrido un lapso importante de tiempo entre el retiro del servicio y reconocimiento del derecho, resulta inane disponer la indexación.

Ahora bien, no se acogen los argumentos del recurrente, como quiera que, conforme fue expuesto en precedencia, la pensión de jubilación proporcional al mutar a plena por el cumplimiento de los 50 años de edad, no se convierte una pensión nueva y por ello no hay lugar indexar el salario promedio desde la fecha del finiquito del contrato de trabajo y hasta el momento en que se reconoce a plenitud la de jubilación, debido a que se trata de un mismo derecho.

Dado lo anterior, se impone confirmar la sentencia recurrida.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo del demandante, como quiera que su recurso de alzada no prosperó.

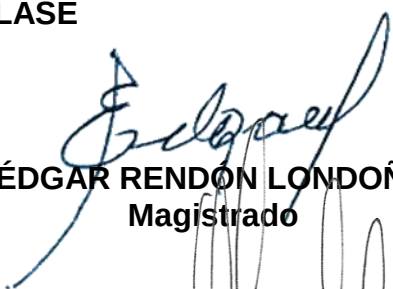
En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

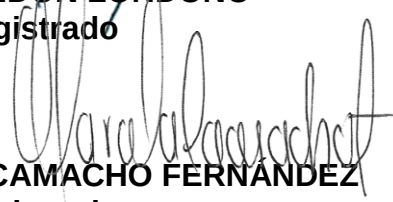
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y uno Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de agosto de 2021, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado


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 parte demandante, la suma de \$580.000, para cada una de ellas.



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

RADICADO	11001310501920200001701
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ÓSCAR ARMANDO CARREÑO GUIZA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de mayo 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 **Óscar Armando Carreño Guiza** que se **declare** la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a través de la AFP Porvenir S.A. por la omisión al deber de información en que incurrió este fondo privado al momento en que se efectuó tal cambio de régimen. En consecuencia, pretende que se **ordene** su traslado a Colpensiones, como si nunca se hubiese cambiado al RAIS; que se **ordene** a Porvenir S.A. devolver a Colpensiones todos los dineros que recibió con motivo de su afiliación, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, gastos de administración o cualquier otro; que se **condene** a Porvenir S.A. a devolver y pagar a Colpensiones los aportes de su cuenta individual debidamente actualizadas; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 2. CD. FL 207, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló que se afilió al Sistema de Seguridad Social en pensiones desde el 09 de junio de 1989; que, con ocasión de las compañías de publicidad realizadas por los fondos privados, se trasladó al RAIS con Porvenir S.A. el de 14 julio de 1994; que al momento del traslado el promotor de la AFP no le suministró una información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto a las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, de los requisitos necesarios para obtenerlas, ni sobre las consecuencias negativas o específicas de abandonar el régimen al cual se encontraba afiliado, como tampoco le efectuó un comparativo de lo que podría obtener como mesada pensional en un régimen y otro. Indicó que se le expuso que el ISS se acabaría y que nunca se le mencionó que los rendimientos ofrecidos por el RAIS, debían seguir los parámetros indicados por la Superintendencia Financiera.

Resaltó que, solicitó a Porvenir S.A. la entrega de copias de los documentos en los que se le registrara la información entregada al efectuar el traslado, sin que esta entidad allegara documento alguno. Dijo que, en el evento de haber continuado cotizando al RPM su mesada pensional sería de \$1.792.582, mientras que en Porvenir S.A. sería de \$1.104.933, de conformidad con proyecciones pensionales aportadas con la demanda y que, a la fecha de la presentación de la demanda estaba vinculado a la nombrada AFP.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 4.CD. FL. 234, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el demandante se afilió al Sistema de Seguridad Social en pensiones desde el 09 de junio de 1989, que presentó ante Colpensiones solicitud de anulación del traslado al RAIS y que fue despachada desfavorablemente, así como que la actora, a la fecha de la presentación de la demanda, se encontraba vinculada a Porvenir S.A. Frente a los demás hechos indicó no constarle.

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

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (f° 1 a 19 archivo 3, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el demandante se había trasladado al RAIS con Porvenir S.A. el 14 de julio de 1994; que la actora solicitó a esta AFP que se le suministrara copia de los documentos que se le entregaron al momento de efectuar el traslado y que presentó requerimiento encaminado a que se anulara su afiliación al RAIS; que a la fecha de la presentación de la demanda la actora se encontraba afiliada a esta AFP. Respecto de los demás hechos, indicó que no eran ciertos o que no le constaban

Como excepciones de mérito propuso 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 Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 06 de mayo 2022 (f° 383-385 archivo 01 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado del señor ÓSCAR ARMANDO CARREÑO GUIZA, identificado con C.C. N° 19.259.313, del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por AFP PROTECCIÓN S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS, identificada con NIT 800.138.188-1, realizado el día 14 de julio de 1994 conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada al demandante ÓSCAR ARMANDO CARREÑO GUIZA, identificada con C.C. N° 19.259.313, al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES, desde el 09 de junio de 1989, hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., identificada con NIT 800.144.331-3, .a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor ÓSCAR ARMANDO CARREÑO GUIZA, identificado con C.C. N° 19.259.313, como cotizaciones, aportes adicionales, junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, sumas debidamente indexadas. Donde COLPENSIONES está obligada a recibir dichas sumas.

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

Para Fundamentar su decisión, la Juez estableció como premisas fácticas que el señor demandante nació el 09 de agosto de 1956; que cotizó al ISS hoy Colpensiones

un total de 225 semanas entre el 09 de julio 1989 al 30 de septiembre de 1993 y que el día 14 de julio de 1994 solicitó su traslado al RAIS y su vinculación a la AFP Porvenir S.A.

Expuso que, en el interrogatorio de parte rendido por el demandante, este manifestó que trabajó en Carvajal S.A.; que, estuvo en una empresa en calidad de representante legal; que recordaba que en el año 1994, se le acercó una asesora de la AFP Porvenir S.A. para firmar formulario de afiliación a esa entidad, sin prestar ninguna asesoría o capacitación. Expuso que, el demandante indicó que la empresa a la que estaba vinculado en el año 1994, le exigía tal afiliación para su contratación laboral; que en todo caso, el asesor de la AFP no le explicó cuáles eran las modalidades de regímenes pensionales, modalidades de pensión ni mucho menos cuáles eran las variables pensionales.

Resaltó que, sobre el tema que nos ocupa, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en amplia jurisprudencia dentro de las que se destacan las sentencias CSJ SL8777-2021, CSJ SL83000-2021 y CSJ SL 1452-2019, ha determinado que cuando se trata de traslados entre regímenes pensionales, las entidades encargadas de su dirección deben garantizar el acceso a los afiliados a una información completa y transparente, que les permita elegir entre las distintas opciones posibles que hay en el mercado, la que mejor se ajuste a sus intereses. Indicó que, para ello es necesario poner en conocimiento de los trabajadores las características, condiciones y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, resaltando también las desventajas, así como las consecuencias jurídicas de un traslado, de modo conozcan con exactitud cómo funcionan tanto el RPM como el RAIS. Lo anterior, en razón a que a los fondos de pensiones se les han encomendado importantes intereses sociales, como los de la protección de la vejez, la invalidez y la muerte.

Sobre la carga de la prueba, expuso que en casos como el que nos ocupa se presenta una inversión en favor del afiliado, por lo que le corresponde a la AFP demostrar y llevar a la convicción al Juez sobre que el acto de traslado goza de plena validez. Ello por cuanto la alegación del afiliado con relación a la ausencia del cumplimiento del deber de información corresponde a una negación indefinida que no requiere prueba; que en consecuencia, a quien le correspondía comprobar el hecho positivo contrario, es decir, la debida asesoría e información era justamente a la administradora de fondo de pensiones.

Arguyó que, de conformidad con los pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las instituciones financieras, en este caso, las administradoras de fondos de pensiones, son las expertas y las que cuentan con personal

especializado y técnico en la legislación, el cálculo, revisión de requisitos y demás aspectos relacionados con los derechos pensiones, lo que las ubica en una posición de ventaja o superioridad frente a los afiliados, quienes, se enfrentan a un escenario que de por sí es complejo, sumado a las barreras educativas, del lenguaje, de profesión o socioeconómicas, se encuentran en un plano de desigualdad, sometidos a la información que decidan trasladar estas entidades. Expuso que, para requilibrar tal desigualdad, se les impone a las administradoras de pensiones la obligación suministrar una debida información a sus afiliados durante toda la relación de afiliación y, especialmente, previo al acto de cambio de régimen.

Manifestó que, conforme a lo establecido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el deber de información a cargo de las administradoras de pensiones ha sido exigible desde su creación y que se han identificado tres etapas, conforme a las normas que regulan el tema, que abarcan tres periodos, siendo el primero de estos del comprendido entre los años 1993 al 2009. Indicó que, sobre este período, la Corte se pronunció en sentencia SL2209-2021 y en ella conceptuó que, desde su creación, las AFP han tenido la obligación de suministrar al afiliado una información clara y suficiente sobre los efectos del cambio de régimen, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud las características de cada régimen, así como sus ventajas y desventajas, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.

Dijo que, con las pruebas obrantes en el expediente, no era posible establecer que Protección S.A. en el año 1994, le hubiese expuesto al demandante las características, ventajas y desventajas objetivas de los regímenes vigentes, como tampoco las consecuencias jurídicas del traslado. Advirtió que tampoco se observa que se le hubiese entregado un cuadro comparativo del funcionamiento de la pensión de vejez de un régimen y otro; que para demostrar el cumplimiento del deber de información no bastaba con la manifestación consignada en el texto preimpreso del formulario, como quiera que ese documento no contenía registro alguno sobre la información que debía ser entregada al demandante, lo que era carga de la AFP, máxime cuando el demandante sostiene que el formulario fue firmado por exigencia de su empleador sin que si quiera se le hubiese dado una explicación del RAIS.

Advirtió que, aunque en el año 1994, no se había decantado las exigencias del deber de información con el detalle en que hoy lo prevé la Corte Suprema de Justicia, lo cierto era ya que, desde su creación las AFP tenían la obligación de garantizar que el afiliado se trasladara de manera libre, voluntaria e informada, lo que implicaba que debían haber puesto en conocimiento del demandante aspectos como el funcionamiento,

características y explicar de manera detallada las condiciones necesarias para obtener las prestaciones, cuestión que a su criterio en este caso no ocurrió.

Con base en lo expuesto, sostuvo que en razón a que las demandadas no cumplieron con la carga de prueba que les correspondía, debía declararse la ineficacia de la afiliación del demandante del año 1994.

Frente a la excepción de prescripción, señaló que, por disposición del artículo 48 de la Constitución Política la seguridad social es un derecho de carácter irrenunciable y que, conforme lo ha establecido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la declaración de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal, por corresponder a un asunto que está estrechamente ligado a la construcción de un derecho pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación, solicitando que se revocara en su integridad la sentencia argumentando que, la juez no tuvo en cuenta que en este caso no existían razones fácticas o jurídicas que condujeran a la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, debido a que la decisión tomada por la parte actora se hizo de manera consciente y espontánea, pues la suscripción del formulario daba cuenta de la voluntad de afiliación. Destacó que el Juez no tuvo en cuenta que el formulario era un documento válido y suficiente para efectuar el traslado, máxime cuando había sido aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia. Adujo también que para el año 1994, el legislador únicamente se exigía a las AFP entregar una información necesaria, clara y suficiente a través de formulario de afiliación lo que fue efectivamente entregado al demandante, de modo que este contaba con los elementos de juicios necesarios para seleccionar al régimen, sin que le sea dable al Juez exigir requisitos adicionales a los vigentes para el año 1994.

Frente a la condena de reembolsar gastos de administración, cuestionó que no resultaba coherente que se declarara la ineficacia en unos sentidos y en otros no, como quiera que el efecto de dicha figura era que el negocio no se había celebrado jamás, en este sentido, se debía entender que los frutos dados o rendimientos generados por la gestión de Porvenir S.A. no se generaron, por lo que era procedente ordenar el reembolso de estos valores. Destacó que, al ser los rendimientos financieros exclusivos del RAIS, ello significaría que no se generarían en el RPM, por lo que no deberían ser devueltos. Finalmente solicitó que se desestime la condena en costas.

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, solicitando que se revocara en su integridad la sentencia argumentando que, la Juez no tuvo en cuenta que no existía prohibición legal que impidiera efectuar el traslado, que cuando el mismo se efectuó el demandante no tenía derecho adquirido alguno, que el error de derecho no era causal de nulidad y que era clara la voluntad del demandante de pertenecer al RAIS como quiera que había permanecido en ese régimen por 20 años. Adujo que, con la decisión del A quo se estaba descapitalizando el sistema pensional y que se estaba trasladando a Colpensiones las consecuencias desfavorables de un incumplimiento de la carga probatoria de Porvenir S.A.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir S.A. y por 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 S.A., es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los todos aportes realizados por la actora en el RAIS, junto con los gastos de administración y demás deducciones.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor **Óscar Armando Carreño Guiza** nació el 09 de agosto de 1956, (f°77 archivo 01 carpeta 1ª inst. exp. digital); *ii)* que se afilió al ISS desde el 09 de junio de 1989, hasta el 30 de septiembre de 1993, cotizando 225 semanas (f°54 archivo 01 carpeta 1ª inst. exp. digital; y *iii)* que 14 de julio de 1994, solicitó el traslado al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Porvenir S.A., el cual se hizo efectivo a partir del **1° de agosto de 1994** (f.°35, archivo 03., carpeta 1ª inst. 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 SL1055-2022, en la que se expuso:

Pues bien, es menester recordar que la Corte ha precisado de manera pacífica y reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP 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, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464- 2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).

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).

Ahora bien, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993 se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, 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- y el párrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: *«PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.»*

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 –**01 de agosto 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.

Con base en lo expuesto hasta el momento, frente al reparo formulado por Porvenir S.A. según el cual para la fecha en que la demandante llevó a cabo el traslado

al RAIS no le era exigible a esta administradora suministrar la información con el detalle que se requiere actualmente, esta Sala indica que no está llamado a prosperar, pues, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993 se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, 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- y el parágrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: *«PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.*

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, 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 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. Sobre el particular, cabe traer a colación lo establecido por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia SL1729-2022:

Ahora bien, y contrario a lo afirmado por el ad quem, las alusiones y afirmaciones que giran en torno a la profesión de la demandante no tienen asidero en este tipo de controversias, pues, como ha sido reseñado por esta Sala, ni aun trabajando en el sector, los profesionales financieros tienen el conocimiento, la experiencia y la comprensión sobre el sistema pensional, y a partir de ello no podría colegirse que se excluya del deber del fondo de pensiones la obligación de brindar información sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, y las consecuencias del traslado (CSJ SL3349-2021).

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

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

pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

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

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

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

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

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

Por lo tanto, **no es de recibo el reparo efectuado por Porvenir S.A. consistente en la improcedencia de la devolución de gastos de administración** y, por el contrario, se hace necesario Modificar y Adicionar el numeral tercero de la sentencia de primer grado, en el sentido de **CONDENAR** a la Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad, 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 del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

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 como tampoco las consecuencias económicas que esta declaración se derivan (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

Se condenará en costas y agencias en derecho de segunda instancia a Porvenir S.A. y a Colpensiones, por no haber prosperado el recurso formulado en contra de la sentencia de primera 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,

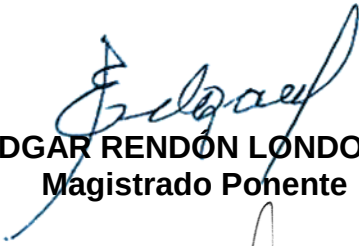
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.**, a pagar con su propio patrimonio y trasladar a Colpensiones, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los aportes 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., debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones y de Porvenir S.A., la suma de \$1.160.000.



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

RADICADO	11001310501920200028201
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	SANDRA YANETH PÉREZ BUITRAGO
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de mayo 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 **Sandra Yaneth Pérez Buitrago** que se **declare** la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a través de la AFP Colfondos S.A. por la omisión al deber de información en que incurrió este fondo privado al momento en que se efectuó tal cambio de régimen. En consecuencia, que se **condene** a las demandadas a determinar que jamás dejó de pertenecer al RPM; que se condene a Colfondos S.A. a efectuar la devolución a Colpensiones de la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos, sin descontar comisiones por concepto de manejo de la cuenta; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº 1-.26, archivo 2. carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló que nació el 28 de abril de 1963; que se afilió al Sistema de Seguridad Social en pensiones desde el 26 de agosto de 1987, hasta el 31 de julio de 1998, cotizando un total de 432,3 semanas; que el día 04 de junio de 1998, se

trasladó al RAIS con Colfondos S.A., el cual se hizo efectivo el 01 de agosto de 1998. Indicó que, al afiliarse a Colfondos S.A. no recibió por parte de esta entidad una asesoría suficiente que le permitiera tomar una decisión libre y consiente, pues no se le indicaron las ventajas del traslado, ni se le efectuó una proyección que le permitiera advertir que su mesada sería inferior en el RAIS.

Mencionó que, el 5 y 7 de septiembre de 2018, presentó ante Colfondos S.A. y Colpensiones, respectivamente solicitudes de nulidad de traslado y retorno al RAIS, que fueron contestadas de manera negativa por ambas entidades. Finalmente, indicó que, mediante comunicación del 26 de septiembre de 2018, Colfondos S.A. indicó que su pensión en esta entidad ascendería a **\$877.803**, mientras que en Colpensiones equivaldría a **\$2.306.792**.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 4.CD. FL. 234, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante nació el 28 de abril de 1963; que se afilió al ISS el día 26 de agosto de 1987 y que efectuó cotizaciones en esta entidad hasta el 31 de julio de 1998, cotizando un total de 432,43 semanas; que el 7 de septiembre de 2018, la demandante había presentado solicitud de traslado al RPM, la cual fue negada por esta entidad. Frente a los demás hechos indicó no constarle.

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

La **AFP COLFONDOS S.A.** contestó (fº 1 a 15 archivo 4, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante nació el 28 de abril de 1963; que esta elevó solicitud de nulidad de traslado ante Colfondos S.A. el 05 de septiembre de 2018; que fue contestado por esta entidad el 21 de septiembre del mismo año de manera negativa; que la demandante elevó derecho de petición solicitando una simulación pensional, el cual fue contestado el 26 de septiembre de 2018, informando que la mesada pensional de aquella al cumplir los 57 años en el RAIS sería de \$877.803, mientras

que en el RPM ascendería a \$2.306.792. Respecto de los demás hechos, manifestó que no eran ciertos o que no le constaban.

Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia 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.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 16 de septiembre 2022 (f° 130 – 131 archivo 1. 2020-282 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado de la señora SANDRA YANETH PÉREZ BUITRAGO, identificada con C.C. N° 51.689.988, del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, identificada con NIT 800.149.496-2, realizado el día 04 de junio de 1998, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante SANDRA YANETH PÉREZ BUITRAGO, identificada con C.C. N° 51.689.988, al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES, desde el 26 de agosto de 1987, hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS,, identificada con NIT 800.149.496-2, a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora SANDRA YANETH PÉREZ BUITRAGO, identificada con C.C. N° 51.689.988, como cotizaciones, aportes adicionales, junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, sumas debidamente indexadas. Donde COLPENSIONES está obligada a recibir dichas sumas.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

Para Fundamentar su decisión, la Juez estableció como premisas fácticas que la demandante nació el 28 de abril de 1963; que realizó la afiliación al ISS el 26 de agosto de 1987, en donde cotizó un total de 432,43 semanas; que el 01 de agosto de 1998, la actora se trasladó al RAIS con la AFP Colfondos S.A.

Expuso que, en el interrogatorio de parte rendido por la demandante, esta manifestó que comenzó a trabajar el Colsanitas cotizando en el ISS, y que, en el año

1990, empezó a trabajar en otra empresa; frente al traslado a Colfondos S.A. precisó que los asesores de esa AFP hicieron una reunión en la que le dieron a ella y a sus compañeros de trabajo una charla diciendo que el ISS se iba a acabar y que con ocasión de ello, decidió se trasladarse a esa AFP; que no explicaron nada con relación al funcionamiento de este régimen ni cómo se calcularía a mesada pensional; que cuando se acercó a Colfondos S.A. a solicitar información sobre su mesada pensional, se dio cuenta que había una diferencia muy grande entre la que recibiría en esta AFP y en Colpensiones S.A.

Resaltó que, sobre el tema que nos ocupa, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en amplia jurisprudencia dentro de las que se destacan las sentencias CSJ SL8777-2021, CSJ SL83000-2021 y CSJ SL 1452-2019, ha determinado que cuando se trata de traslados entre regímenes pensionales, las entidades encargadas de su dirección deben garantizar el acceso a los afiliados a una información completa y transparente, que les permita elegir entre las distintas opciones posibles que hay en el mercado, la que mejor se ajuste a sus intereses. Indicó que, para ello, es necesario poner en conocimiento de los trabajadores las características, condiciones y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, resaltando también las desventajas, así como las consecuencias jurídicas de un traslado, de modo conozcan con exactitud cómo funcionan tanto el RPM como el RAIS. Lo anterior, en razón a que a los fondos de pensiones se les han encomendado importantes intereses sociales, como los de la protección de la vejez, la invalidez y la muerte.

Sobre la carga de la prueba, expuso que en casos como el que nos ocupa se presenta una inversión en favor de la afiliada, por lo que le corresponde a la AFP demostrar y llevar a la convicción al Juez sobre que el acto de traslado goza de plena validez. Ello por cuanto la alegación de la afiliado con relación a la ausencia del cumplimiento del deber de información corresponde a una negación indefinida que no requiere prueba y que, en consecuencia, a quien le correspondía comprobar el hecho positivo contrario, es decir, la debida asesoría e información era justamente a la administradora de fondo de pensiones.

Arguyó que, de conformidad con los pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las instituciones financieras, en este caso, las administradoras de fondos de pensiones, son las expertas y las que cuentan con personal especializado y técnico en la legislación, el cálculo, revisión de requisitos y demás aspectos relacionados con los derechos pensiones, lo que las ubica en una posición de ventaja o superioridad frente a los afiliados, quienes, se enfrentan a un escenario que de

por sí es complejo, sumado a las barreras educativas, del leguaje, de profesión o socioeconómicas, se encuentran en un plano de desigualdad, sometidos a la información que decidan trasladar estas entidades. Expuso que, por ello para requilibrar tal desigualdad, se les impone a las administradoras de pensiones la obligación suministrar una debida información a sus afiliados durante toda la relación de afiliación y, especialmente, previo al acto de cambio de régimen.

Resaltó que, conforme a lo establecido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el deber de información a cargo de las administradoras de pensiones ha sido exigible desde su creación y que se han identificado tres etapas, conforme a las normas que regulan el tema, que abarcan tres periodos, siendo el primero de estos del comprendido entre los años 1993 al 2009. Indicó que, sobre este período la Corte se pronunció en sentencia SL2209-2021 y en ella conceptuó que, desde su creación, las AFP han tenido la obligación de suministrar al afiliado una información clara y suficiente sobre los efectos del cambio de régimen, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud las características de cada régimen, así como sus ventajas y desventajas, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.

Expresó que, con las pruebas obrantes en el expediente, no era posible establecer que Colfondos S.A. en el año 1998, le hubiese expuesto al demandante las características, ventajas y desventajas objetivas de los regímenes vigentes, como tampoco las consecuencias jurídicas del traslado. Advirtió que tampoco se observa que se le hubiese entregado un cuadro comparativo del funcionamiento de la pensión de vejez de un régimen y otro; que para demostrar el cumplimiento del deber de información no bastaba con la manifestación consignada en el texto preimpreso del formulario, como quiera que ese documento no contenía registro alguno sobre la información que debía ser entregada al demandante, lo que era carga de la AFP, máxime cuando la demandante sostiene que el formulario fue firmado por exigencia de su empleador sin que si quiera se le hubiese dado una explicación del RAIS.

Advirtió que, aunque en el año 1998, no se había decantado las exigencias del deber de información con el detalle en que hoy lo prevé la Corte Suprema de Justicia, lo cierto era ya que, desde su creación las AFP tenían la obligación de garantizar que el afiliado se trasladara de manera libre, voluntaria e informada, lo que implicaba que debían haber puesto en conocimiento de la demandante aspectos como el funcionamiento, características y explicar de manera detallada las condiciones necesaria para obtener las prestaciones, cuestión que a su criterio en este caso no ocurrió.

Con base en lo expuesto, concluyó que en razón a que las demandadas no cumplieron con la carga de a prueba que les correspondía, debía declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante del año 1998.

Frente a la excepción de prescripción, señaló que, por disposición del artículo 48 de la CN, la seguridad social es un derecho de carácter irrenunciable y que, conforme lo ha establecido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la declaración de ineficacia del traslado no está sometida al termino trienal, por corresponder a un asunto que está estrechamente ligado a la construcción de un derecho pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, solicitando que se revocara en su integridad la sentencia con base en los siguientes argumentos: cuestionó que la Juez no tuvo en cuenta que la demandante si tenía conocimiento sobre las características del RAIS, pues estaba demostrado que había recibido una asesoría en una reunión grupal antes de darse el traslado; que omitió tener en cuenta la juzgadora que la actora suscribió de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación y que la única motivación que tenía para trasladarse al RPM obedecía únicamente a que cuando se acercó a Colfondos S.A. se había dado cuenta de la diferencia entre las mesadas pensionales que obtendría en el RAIS y en el RPM, motivación que no era susceptible de ser tenida como requisito para declarar la ineficacia del traslado, máxime cuando a lo largo del proceso no se avizoraron vicios en el consentimiento de la demandante; que permitir el traslado a Colpensiones iría en contravía de la prohibición contenida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

De manera subsidiaria, pretende que, en el evento de mantenerse la declaratoria de ineficacia, solicitaba que se adicionara la decisión para permitirle a Colpensiones acudir a las vías judicial para obtener el resarcimiento de la eventual diferencia que llegase a existir entre los costos que debería asumir esta entidad por el reconocimiento de la mesada pensional y los dineros entregados por Colfondos S.A.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta 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 la demandante a través de la AFP Colfondos S.A., es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los todos aportes realizados por la actora en el RAIS, junto con los gastos de administración y demás deducciones.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora Sandra Yaneth Pérez Buitrago nació el 28 de abril de 1963 (f°29 archivo 02 carpeta 1ª inst. exp. digital); *ii)* que se afilió al ISS desde el 28 de agosto de 1987, hasta el 31 de julio de 1998, cotizando 432,43 semanas (f°30 -31 archivo 02 carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *iii)* que 4 de junio de 1998, solicitó el traslado 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 agosto de 1998** (f.º101, archivo 04, carpeta 1ª inst. 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 SL1055-2022, en la que se expuso:

Pues bien, es menester recordar que la Corte ha precisado de manera pacífica y reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP 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, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464- 2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).

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).

Ahora bien, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993 se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, 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- y el parágrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: «*PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.*»

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 **–01 de agosto 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 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, 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); 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. Sobre el particular, cabe traer a colación lo establecido por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia SL1729-2022:

Ahora bien, y contrario a lo afirmado por el ad quem, las alusiones y afirmaciones que giran en torno a la profesión de la demandante no tienen asidero en este tipo de controversias, pues, como ha sido reseñado por esta Sala, ni aun trabajando en el sector, los profesionales financieros tienen el conocimiento, la experiencia y la comprensión sobre el sistema pensional, y a partir de ello no podría colegirse que se excluya del deber del fondo de pensiones la obligación de brindar información sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, y las consecuencias del traslado (CSJ SL3349-2021).

En lo que respecta a **la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia**, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta necesario disponer que la AFP traslade 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 y ello fue materia de apelación; 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 **CONDENAR** a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad, 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 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 como tampoco las consecuencias económicas que esta declaración se derivan (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

Se condenará en costas y agencias en derecho de segunda instancia a Colpensiones, por no haber prosperado el recurso formulado en contra de la sentencia de primera 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: ADICIONAR NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, a pagar con su propio patrimonio y trasladar a Colpensiones, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los aportes 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., debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones y de Colfondos S.A., la suma de \$1.160.000.



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

RADICADO	11001310501920200037501
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	JOSÉ FERNANDO CAMARGO BELTRÁN
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un días (31) días del mes de mayo 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 **José Fernando Camargo Beltrán** 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 Porvenir S.A., por la omisión del deber de información; que se **declare** la ineficacia del traslado posterior realizado a Protección S.A.; que se declare que nunca se trasladó al RAIS por lo que se encuentra válidamente afiliado a Colpensiones. Como consecuencia de lo anterior, que se condene a Porvenir S.A. y a Protección S.A. a registrar en sus sistemas que su afiliación es ineficaz; que se condene a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades; que se ordene a Colpensiones active su afiliación y reciba la totalidad de los dineros remitidos por Protección S.A.; que se condene a las demandadas al pago de costas, agenciasen derecho y a lo que resulte probado extra y ultra petita.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f°2-13 archivo 02 primera inst. exp. digital), señaló, en síntesis, que al inicio de su vida laboral se afilió al RPM con el entonces Instituto de Seguros Sociales – ISS, hoy Colpensiones donde cotizó 550 semanas; que el 31 de mayo de 2002, suscribió formulario de afiliación con la AFP Horizonte S.A.; que el 30 de noviembre de 2005, suscribió formulario de afiliación con la AFP Santander hoy Protección S.A., fondo en el que continuaba afiliado a la fecha de la presentación de la demanda. Destacó que, los asesores de Porvenir S.A. acudieron a su lugar de trabajo y le indicaron que el ISS sería liquidado, pero no trasladaron una información clara, completa y veraz sobre las implicaciones del traslado, sobre cuáles eran las ventajas y desventajas del acto, ni le explicaron el funcionamiento del RAIS, como tampoco los requisitos necesarios para acceder a las prestaciones económicas que ofrecía el régimen o la posibilidad de retornar al RPM antes de cumplir 10 años para pensionarse. Indicó que, cuando efectuó el traslado a Protección S.A. los asesores de esta AFP incurrieron en las mismas omisiones descritas con anterioridad.

Expuso que, su IBL asciende a \$11.135.592; que el valor de su mesada pensional en Colpensiones ascendería a \$5.846.343, mientras que en Protección S.A. ascendería a \$2.694.005, conformidad con proyección efectuada por la mentada AFP. Destacó que Protección S.A. el 13 de agosto de 2013, le remitió un escrito de reasesoría, pero que, para esa fecha, ya había superado la edad máxima para trasladarse. Finalmente, destacó que los días 21 de agosto y 01 de octubre de 2020, presentó ante Protección S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones solicitudes de la anulación del traslado al RAIS y el retorno al RPM, las cuales fueron despachadas desfavorablemente por las entidades.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 06, carpeta 1ª inst. exp. digital) oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto a lo hechos, aceptó que el demandante inició sus aportes a pensión cotizando al RPM, que en ese régimen cotizó 550 semanas, así como que el 01 de octubre de 2020, el actor presentó solicitud de nulidad de afiliación al RAIS y retorno al RPM, requerimiento que se despachó negativamente como quiera que el actor no cumplía con los requisitos legales para trasladarse. Respecto de los demás hechos indicó que no eran ciertos o que no le constaban.

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

La AFP PORVENIR S.A., contestó (fº 1 a 36 archivo 04, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto a lo hechos, aceptó que el demandante había cotizado 550 semanas en el RPM; que había contestado negativamente la solicitud de nulidad de afiliación al RIAS y retorno al RPM. Respecto de los demás hechos manifestó que no le constaban o que no eran ciertos.

Como excepciones de fondo propuso 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.

La AFP PROTECCIÓN S.A., contestó (fº 1 a 36 archivo 04, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto a lo hechos, aceptó que el demandante suscribió formulario de afiliación con Santander hoy Protección S.A. el 30 de noviembre de 2005; que a la fecha de la presentación de la demanda, continuaba afiliado a esa AFP.; que el actor en requerimiento de 21 de agosto de 2020, solicitó la anulación de su afiliación y el retorno al RAIS, lo cual fue despachado desfavorablemente por esa entidad; que el 13 de agosto de 2013, esa AFP remitió formato de reasesoría al actor, momento en el que éste ya había superado la edad máxima para trasladarse y que el 16 de septiembre el demandante presentó una petición solicitando los aportes de la reasesoría. Respecto de los demás hechos manifestó que no le constaban o que no eran ciertos.

Como excepciones de fondo propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro 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, innominada o genérica y traslado de los aportes a otra administradora.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 21 de septiembre de 2022 (archivo 13 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado del señor JOSÉ FERNANDO CAMARGO BELRÁN, identificado con CC N° 6.765.994, del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP HORIZONTE hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES y

CESANTÍAS PORVENIR S.A. identificada con NIT N° 800.144.331-3, realizado el día 15 de agosto de 1995, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al demandante JOSÉ FERNANDO CAMARGO BELTRÁN, identificado con CC N° 6.765.994, al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, desde el 13 de julio de 1984, hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS,, identificada con NIT 800.138.188-1, a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor JOSÉ FERNANDO CAMARGO BELTRÁN, identificado con CC N° 6.765.994, como cotizaciones, aportes adicionales, junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, sumas debidamente indexadas. Donde COLPENSIONES está obligada a recibir dichas sumas.

CUARTO: Absolver a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

Para Fundamentar su decisión, la Juez estableció como premisas fácticas que el demandante nació el 06 de agosto de 1961; que cotizó en el RPM 394,29 semanas entre el 13 de julio de 1984 al 01 de febrero de 1992; que el 15 de agosto de 1995, el demandante solicitó su traslado al RAIS con la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A. y que, luego, estando dentro de ese régimen, se trasladó a la AFP Santander S.A. hoy Protección S.A. donde se encontraba el actor a la fecha.

Expuso que, en el interrogatorio de parte rendido por el demandante, este manifestó que era abogado especializado en contratación estatal, que inició a laborar en el año 1980, en el sector público; que en el 2002, estuvo en el sector privado, que después ejerció la profesión de independiente y que desde el año 2018 a la fecha se reincorporó al sector público. Indicó que, el demandante precisó que para el año 1995, se trasladó de régimen, debido al anuncio de la liquidación de la caja de previsión, que para esa fecha fueron reunidos por el presidente de la corporación y un asesor de la AFP Horizonte, quien le indicó que el fondo tenía una mayor solidez, que de trasladarse no perdería sus semanas cotizadas. Preciso que con posterioridad se afilió a la AFP Santander, porque le indicaron que ofrecían mayor rentabilidad. Finalmente, indicó que ninguno de los asesores de las AFPs le dieron una explicación acerca del funcionamiento de los regímenes, las condiciones o características, como tampoco le explicaron acerca de los requisitos para obtener las prestaciones económicas en cada uno.

Resaltó que, sobre el tema que nos ocupa, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en amplia jurisprudencia dentro de las que se destacan las sentencias CSJ SL8777-2021, CSJ SL83000-2021 y CSJ SL 1452-2019, ha determinado que cuando

se trata de traslados entre regímenes pensionales, las entidades encargadas de su dirección deben garantizar el acceso a los afiliados a una información completa y transparente, que les permita elegir entre las distintas opciones posibles que hay en el mercado, la que mejor se ajuste a sus intereses. Indicó que, para ello es necesario poner en conocimiento de los trabajadores las características, condiciones y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, resaltando también las desventajas, así como las consecuencias jurídicas de un traslado, de modo conozcan con exactitud cómo funcionan tanto el RPM como el RAIS. Lo anterior, en razón a que a los fondos de pensiones se les han encomendado importantes intereses sociales, como los de la protección de la vejez, la invalidez y la muerte.

Sobre la carga de la prueba, expuso que en casos como el que nos ocupa se presenta una inversión en favor del afiliado, por lo que le corresponde a la AFP demostrar y llevar a la convicción al Juez sobre que el acto de traslado goza de plena validez, ello por cuanto la alegación del afiliado con relación a la ausencia del cumplimiento del deber de información corresponde a una negación indefinida que no requiere prueba y que, en consecuencia, a quien le correspondía comprobar el hecho positivo contrario, es decir, la debida asesoría e información era justamente a la administradora de fondo de pensiones.

Arguyó que, de conformidad con los pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las instituciones financieras, en este caso, las administradoras de fondos de pensiones, son las expertas y las que cuentan con personal especializado y técnico en la legislación, el cálculo, revisión de requisitos y demás aspectos relacionados con los derechos pensiones, lo que las ubica en una posición de ventaja o superioridad frente a los afiliados, quienes, se enfrentan a un escenario que de por sí es complejo, sumado a las barreras educativas, del lenguaje, de profesión o socioeconómicas, se encuentran en un plano de desigualdad, sometidos a la información que decidan trasladar estas entidades. Expuso que, por ello, para requilibrar tal desigualdad se les impone a las administradoras de pensiones la obligación suministrar una debida información a sus afiliados durante toda la relación de afiliación y, especialmente, previo al acto de cambio de régimen.

Resaltó que, conforme a lo establecido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el deber de información a cargo de las administradoras de pensiones ha sido exigible desde su creación y que se han identificado tres etapas, conforme a las normas que regulan el tema, que abarcan tres periodos, siendo el primero de estos del comprendido entre los años 1993 al 2009. Indicó que, sobre este período la Corte se pronunció en sentencia SL2209-2021 y en ella conceptuó que, desde su creación, las AFP han tenido la obligación de suministrar al afiliado una información clara y suficiente sobre los efectos del cambio de régimen, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud las características de cada régimen, así como sus ventajas y desventajas, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.

Determinó que, con las pruebas obrantes en el expediente, no era posible establecer que Porvenir S.A. en el año **1995**, le hubiese expuesto al demandante las características, ventajas y desventajas objetivas de los regímenes vigentes, como tampoco las consecuencias jurídicas del traslado. Advirtió que, tampoco se observa que se le hubiese entregado un cuadro comparativo del funcionamiento de la pensión de vejez de un régimen y otro. Destacó además que para demostrar el cumplimiento del deber de información no bastaba con la manifestación consignada en el texto preimpreso del formulario, como quiera que ese documento no contenía registro alguno sobre la información que debía ser entregada al demandante, lo que era carga de la AFP, máxime cuando el demandante sostiene que el formulario fue firmado por exigencia de su empleador sin que si quiera se le hubiese dado una explicación del RAIS.

Sostuvo que, aunque en el año 1995, no se había decantado las exigencias del deber de información con el detalle en que hoy lo prevé la Corte Suprema de Justicia, lo cierto era ya que, desde su creación las AFP tenían la obligación de garantizar que el afiliado se trasladara de manera libre, voluntaria e informada, lo que implicaba que debían haber puesto en conocimiento del demandante aspectos como el funcionamiento, características y explicar de manera detallada las condiciones necesaria para obtener las prestaciones, cuestión que a su criterio en este caso no ocurrió.

Con base en lo expuesto, el A quo determinó que en razón a que las demandadas no cumplieron con la carga de a prueba que les correspondía, debía declararse la ineficacia de la afiliación del demandante del año 1995. Preciso además el traslado tampoco se convalidó por los traslados horizontales entre administradoras del RAIS, pues la decisión de escoger entre una y otra administradora no implica que, al efectuar el cambio de régimen inicial, se hubiese cumplido con el deber de información en los términos descritos previamente y destacó que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que estos traslados horizontales no desvirtúan el incumplimiento del deber de información del traslado original.

Frente a la excepción de prescripción, señaló que por disposición del artículo 48 de la Constitución Política la seguridad social es un derecho de carácter irrenunciable y que, conforme lo ha establecido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la declaración de ineficacia del traslado no está sometida al termino trienal, por corresponder a un asunto que está estrechamente ligado a la construcción de un derecho pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación solicitando que se revocara en su integridad la sentencia de primera instancia, argumentado que, aunque no se

desconocía la existencia de una línea jurisprudencial sobre la ineficacia del traslado, lo cierto era que la misma no podía aplicarse en este caso, debido que la motivación para iniciar la acción no era el incumplimiento del deber de información, sino la existencia de una supuesta merma en la mesada pensional, de manera que el debate debía centrarse en el estudio de un perjuicio o daño y no en el análisis de la validez del acto de traslado. Preciso que, en este sentido, debía estudiarse si en este caso había existido un daño, una relación de causalidad y un resultado, cuestiones que en este caso no se habían demostrado, debido a que ni siquiera se logró acreditar la diferencia entre las mesadas pensionales de un régimen y otro.

Argumentó que, la Juez no tuvo en cuenta que en este caso no se estaba cuestionando la capacidad del actor, que, por el contrario, estaba demostrado que era una persona con capacidad plena, profesional, de manera que este debía asumir las consecuencias de sus actos, como lo era el acto de traslado. Por último, indicó que no era dable en este caso aplicar una inversión de la carga de la prueba de manera automática, máxime cuando Colpensiones termina asumiendo las consecuencias negativas de un acto en el que no participó y que, le generaba una afectación al erario público.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Porvenir S.A., y el que posteriormente fue efectuado a Protección S.A., fueron ilegales por no haberse cumplido el término de permanencia previsto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, y en caso de no serlo, determinar si resultarían ineficaces por falta de información, y si como las consecuencia de ello. Asimismo, determinar si hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los todos aportes realizados por el actor en el RAIS, los gastos de administración, así como recursos de cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al fondo de garantías de pensión mínima, porcentajes destinados a seguros previsionales.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor **José Fernando Camargo Beltrán** nació el 06 de agosto de 1961; **ii)** que estuvo afiliado al ISS hoy Colpensiones y cotizó desde el 13 de julio de 1984, al 01 de febrero de 1992, un total de 394,29 57 semanas (archivo 06 carpeta 1ª inst. exp. digital); **iii)** que a través formulario firmado el 15 de agosto de 1995, solicitó el traslado de régimen pensional a la AFP Horizonte S.A. – hoy Porvenir S.A., el cual se hizo efectivo el **01 de septiembre de 1995** (f° 55-62 archivo 04 carpeta 1ª inst. exp. digital) y **iv)** que realizó traslados horizontales entre AFPs, así:

- Se trasladó a Porvenir S.A. a través de solicitud del 12 de noviembre de 1998 con efectividad del 01 de enero de 1999
- Se trasladó nuevamente a Horizonte S.A. – hoy Porvenir S.A. a través de solicitud del 31 de mayo de 2002 con efectividad del 01 de julio de 2002
- Se trasladó a la AFP Santander S.A. hoy Protección S.A. a través de solicitud del 30 de noviembre de 2005 con efectividad del 01 de enero de 2006 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 – **01 de septiembre de 1995-**, la obligación de la AFP Porvenir S.A. 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 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 Horizonte hoy Porvenir S.A., de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

Ahora, frente a los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, porque le realizaron una reasesoría, o porque no retorno al RPM, advierte esta sala que 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-, conocía a cabalidad las características del RAIS y demuestra su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

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

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

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

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

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

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adocinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ

SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, cuestión que fue declarada por el A quo.

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

En adición, se deberá ordenar a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de aquellas las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración, 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 se hubiesen generado durante la afiliación que tuvo el accionante en esta AFP.

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

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 como tampoco las consecuencias económicas que esta declaración se derivan (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

Se condenará en costas y agencias en derecho de segunda instancia a Colpensiones, por no haber prosperado el recurso formulado en contra de la sentencia de primera 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: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS 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, los aportes 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., debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

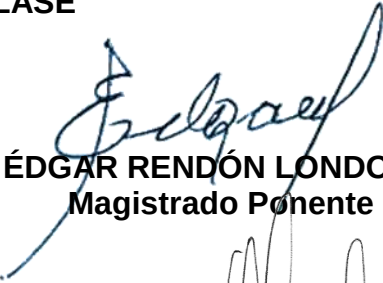
SEGUNDO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **ORDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de aquellas las primas de seguros previsionales de

invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración, 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 se hubiesen generado durante la afiliación que tuvo el accionante en esta AFP.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones, la suma de \$1.160.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSÉ FERNANDO CAMARGO BELTRÁN CONTRA COLPENSIONES Y OTROS (RAD. 19-2020-00375-01)

M.P. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

Con el debido respeto de mis compañeros de sala, me permito aclarar el voto, pues si bien estoy de acuerdo con la declaratoria de ineficacia del traslado, debo precisar que, al tener cotizaciones el actor al régimen de prima media con prestación definida hasta el 01 de febrero de 1992, trasladándose al RAIS el 15 de agosto de 1995, hay lugar a realizar las respectivas consideraciones respecto a sí se trata de una afiliación inicial o no.

Conforme con lo anterior, en el presente asunto ha de tenerse en cuenta que su última cotización en el régimen de prima media con prestación definida lo fue el 01 de febrero de 1992, sin que se presenten aportes en ese régimen con posterioridad al 1 de abril de 1994, sin embargo, ello no es óbice para mantener la calidad de afiliado al régimen de prima media con prestación definida, siendo su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. que tuvo ocurrencia el 15 de agosto de 1995, un traslado, conforme pasa a exponerse:

No se desconoce que de conformidad con el artículo 3° del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la ley 100 de 1993, se establece que a partir del 01° de abril de 1994 los afiliados al Sistema General de Pensiones “**deberán**” seleccionar uno de los dos régimen pensionales, bien sea el del régimen solidario de prima media con prestación definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad, no obstante, dicha obligación está dirigida a los nuevos afiliados al sistema general de pensiones que entró a regir al 1° de abril de 1994, pues solo a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 coexisten dos regímenes de pensiones excluyentes, deber estatuido también con la finalidad de prevenir casos de multifiliación.

De esta manera, quienes a partir de la vigencia del nuevo sistema general de pensiones requirieran vincularse al sistema general de pensiones debían escoger entre uno y otro régimen, no pasando lo mismo con quienes antes del 01 de abril de 1994 se encontraban afiliados al otrora ISS, hoy COLPENSIONES, ya que es el mismo Decreto el que establece a renglón seguido en el artículo 4° que seguirán vinculados al régimen de prima media con prestación definida, entre otros “*los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o **continuar vinculados a éste si ya lo están***”, (Negrilla fuera del texto), circunstancia esta última que acontece en el sub examine, pues el actor a pesar de no haber sufragado cotizaciones al ISS con posterioridad al 01 de abril de 1994, venía afiliado al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS desde el 13 de julio de 1984, y de ninguna manera puede considerarse que la falta de cotizaciones le haga perder tal condición, pues ello sería tanto como desconocer su vinculación y cotizaciones al sistema pensional antes de 1994, máxime cuando la afiliación al régimen pensional es única,

permanente y vitalicia, pues así lo ha adocinado la Corte Suprema de Justicia desde vieja data, en los anteriores términos:

*“La afiliación es la fuente de los derechos y obligaciones de la Seguridad Social, y brinda una pertenencia permanente al Sistema; **se da mediante una primera y única inscripción vitalicia, y en ningún momento la afiliación al Sistema de seguridad social en pensiones se suspende o se pierde porque se dejen de causar cotizaciones o no se paguen éstas**”* (Radicación No 34240 del 21 de octubre de 2008) (Negrilla fuera del texto).

Igualmente, del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, se deduce que quienes antes del 01 de abril de 1994 venían afiliados al ISS, Caja, fondo o entidad del sector público no requieren diligenciar nuevamente formulario de afiliación para entenderse incorporados al régimen de prima media con prestación definida, y así se consagra en los siguientes términos:

*“Quienes al 31 de marzo de 1994 **se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación.** Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, **y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado**”.* (Negrilla fuera del texto)

De lo anterior, de manera cristalina se logra establecer que la falta de cotizaciones al 1 de abril de 1994 no implica que el afiliado al régimen de prima media con prestación definida pierda la calidad de afiliado a ese régimen, ni tampoco que deba diligenciar un nuevo formulario de afiliación, pues en aquellos eventos, como acaeció en el sub examine, venía afiliado al ISS desde el 13 de julio de 1984, y sin necesidad de nuevo formulario o afiliación al ISS, se trasladó de régimen pensional el 15 de agosto de 1995 a la AFP PORVENIR S.A.

De igual manera, valga la pena traer a colación lo discurrido en sentencia SL1419-2018, en la que la Corte le ha dado vocación de permanencia a la afiliación al sistema pensional, independiente de si se sufragaron o no cotizaciones y cuya afiliación data de antes de abril de 1994, veamos:

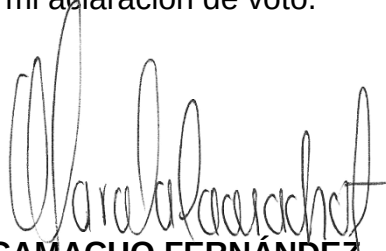
*“Por lo anterior, debía dársele el trato de un afiliado inactivo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 del Decreto 692 de 1992, según el cual la afiliación al sistema de pensiones tiene un carácter permanente y «...no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones.» Así también lo ha reconocido esta sala de la Corte en sentencias como la CSJ SL2138-2016, CSJ SL9288-2017 y CSJ SL738-20108, entre muchas otras, en las que ha recalado que la afiliación al sistema de pensiones es libre y voluntaria, **además de que tiene naturalmente una vocación de permanencia.***

(...)

*En ese sentido, **por el simple hecho de no haberse inscrito en otro régimen de pensiones y haber permanecido como afiliado inactivo en la demandada, el actor debía entenderse inscrito de manera necesaria en el régimen de prima media con prestación definida**”.*

De esta manera, la afiliación al régimen pensional es única y vitalicia, y no se pierde o suspende por falta de cotizaciones, motivo por el cual, quienes a 1° de abril de 1994 venga afiliados al régimen de prima media con prestación definida, independientemente de que tengan o no cotizaciones con posterioridad al citado régimen de prima media, y se afilian al RAIS, realizan un traslado de régimen pensional, y en ese orden sí es procedente la declaratoria de ineficacia del traslado.

En los anteriores términos dejo plasmada mi aclaración de voto.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Diana Marcela Camacho Fernández', written in a cursive style.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
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

RADICADO	110013105020201900446-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	JOSEFINA BECHARA DE NASSAR
DEMANDADO	AEROLÍNEAS DEL CONTINENTE AMERICANO S. A. – AVIANCA

En Bogotá D. C. a los Treinta y uno (31) días del mes de mayo 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 **Josefina Bechara de Nassar** se **declare** que el señor Jorge Emilio Nassa Sabas (Q.E.P.D.) tiene derecho a que la sociedad Avianca S.A. le reconozca la pensión restringida de jubilación a partir del 29 de julio de 1978, fecha en la cual cumplió los 60 años de edad; que se **declare** que en calidad de cónyuge supérstite tiene derecho a que la demandada le reconozca la pensión de sobreviviente en forma vitalicia a partir del 9 de febrero de 1981; que se **condene** a la demandada al pago del retroactivo, junto con los incrementos y ajustes legales, los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación del retroactivo, a lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº 5 a 7 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que el señor Jorge Emilio Nassar Sabas, nació el 29 de julio de 1918, falleciendo el 8 de febrero de 1981; que contrajo matrimonio con la demandante el 1 de octubre de 1946; que convivieron juntos hasta la fecha su

muerte; que de dicha unión nacieron siete hijos; que el causante trabajó para la empresa Avianca S.A. desde el 14 de octubre de 1943, hasta el 7 de septiembre de 1945, y desde el 1 de julio de 1948 hasta el 31 de diciembre de 1962, es decir 16 años, 4 meses y 23 días; que el ultimo sueldo devengado fue \$2.500.

Indicó que, la demandante que dependía económicamente del causante; que con oficio fechado 7 de febrero de 1997, solicitó el reconocimiento de la pensión de sobreviviente ante Avianca; que mediante derecho de petición del 10 de febrero de 2011, solicitó la pensión restringida de jubilación y su sustitución; que la prestación fue negada por Avianca el 4 de abril de 2011; que con oficio radicado 3 de mayo de 2011, se reitera la solicitud de reconocimiento pensional; que la solicitud nuevamente es negada el 22 de agosto de 2011, petición que se reitera el 21 de octubre de 2011, se niega el 9 de noviembre de 2011; que en el año 2016, solicitó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión; que el 19 de diciembre de 2016, impetró acción de tutela en contra de Avianca y en donde solicitaba el reconocimiento de la pensión de sobreviviente; que la acción de tutela fue declarada improcedente por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá; que la decisión fue impugnada y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con providencia del 29 de marzo de 2017, ordena revocar el fallo de primera instancia, advirtiéndole que se debe interponer la acción ordinaria laboral.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La sociedad **AEROLINEAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. – AVIANCA** contestó (f° 100 a 111 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el señor Jorge Emilio Nassar Sabas, nació el 29 de julio de 1918, y falleció el 8 de febrero de 1981; que la demandante el 7 de febrero de 1997, solicitó el reconocimiento de la pensión de sobreviviente ante esta sociedad; que mediante derecho de petición del 10 de febrero de 2011, reclamó la pensión restringida de jubilación y su sustitución; que la prestación fue negada el 4 de abril de 2011; que con oficio radicado 3 de mayo de 2011, se reitera la solicitud de reconocimiento pensional y fue negada 22 de agosto de 2011; que esta petición se reitera el 21 de octubre de 2011, y nuevamente se niega el 9 de noviembre de 2011; que la señora Josefina Bechara en el año 2016, solicitó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión; que el 19 de diciembre de 2016, presentó acción de tutela, buscando el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, la cual fue declarada improcedente por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá; que la decisión fue impugnada y el Tribunal Superior del Distrito

Judicial de Bogotá, con providencia del 29 de marzo de 2017, ordena revocar el fallo de primera instancia y reconoció la prestación solicitada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 11 de diciembre de 2020 (archivo 10, carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO. PRIMERO: DECLARAR que el señor JORGE EMILIO NASSAR SABAS (q.e.p.d.), tiene derecho a que la Sociedad AEROVÍAS NACIONALES DE COLOMBIA S. A. y/o AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S. A. AVIANCA, le reconozca la pensión restringida de jubilación a partir del 29 de julio de 1978, fecha en la cual cumplió los 60 años.

SEGUNDO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción y en consecuencia CONDENAR a la demandada, AEROVÍAS NACIONALES DE COLOMBIA S. A. y/o AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S. A. AVIANCA, a reconocer a la señora JOSEFINA BECHARA DE NASSAR (q.e.p.d.), la pensión de sobrevivientes y por tanto, al pago a favor de la sucesión de la demandante, de las mesadas causadas entre el 21 de junio de 2016 hasta el 01 de abril de 2017, junto con los reajustes legales correspondientes y mesadas adicionales. Prestación que viene siendo reconocida por la Jurisdicción constitucional desde el 01 de abril de 2017, en cuantía del SMLMV, conforme a las consideraciones de la parte motiva.

TERCERO: COSTAS. Serán a cargo del demandado. Tásense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho el equivalente a UN (1) salario mínimo legal mensual vigente.

Para fundamentar su decisión, sostuvo que en los términos del artículo 8 de la Ley 171 de 1961, el señor Emilio Nassar había acreditado el cumplimiento del tiempo de servicio, como quiera que había prestado sus servicios a la sociedad Avianca, en una primera oportunidad, del 14 de octubre de 1943, hasta el 7 de septiembre de 1945, y luego, del 1 de julio de 1948, al 31 de diciembre de 1962, acreditando un tiempo de servicio equivalente a 16 años, 4 meses y 23 días.

Señaló que, existía controversia frente al segundo vínculo, como quiera que la demandada se opone a que este tiempo de servicio sea computado, pues su empleador para esa fecha era la Aeronáutica de Medellín Consolidada SAM y no Avianca; no obstante lo anterior, consideró que en los términos del artículo 194 del CST y las Resoluciones 1017 de 1975 y 606 de 1976, existía unidad de empresa entre Avianca y SAM, la cual tuvo por objeto garantizar los derechos prestacionales que su trabajadores; que de acuerdo con ello, existe responsabilidad por parte de Avianca en los derechos prestaciones que se deriven de SAM por su predominio económico, por lo tanto, los derechos del trabajador causante, son exigibles a Avianca, es por ello que se deberá computar la totalidad del tiempo laborado por el causante en ambas entidades para efectos del reconocimiento pensional solicitado.

Teniendo en cuenta lo anterior, concluyó que el causante consolidó sus derechos a la pensión restringida de jubilación el 29 de julio de 1978, cuando acreditó la edad de 60 años.

Respecto al reconocimiento de la sustitución de la pensión, manifestó que la señora Josefina Bechara de Nassar acreditó la condición de cónyuge supérstite, con el registro civil de matrimonio, por lo tanto, resultaba procedente reconocer la prestación económica a su favor a partir del 8 de febrero de 1981, fecha de fallecimiento del señor Nassar.

Expuso que, el 14 de febrero de 2011, había sido presentada reclamación, con la cual se interrumpía la prescripción por unas sola vez, a pesar de ello la demanda había sido radicada el 21 de junio de 2019, por lo que habían transcurrido más de 3 años entre la fecha de exigibilidad y la fecha de la reclamación por lo tanto, en los términos de los artículos 488 y 489 del C.S.T. y el 151 del CPTSS, operó parcialmente la excepción de prescripción, con relación a las mesadas causadas con anterioridad al 21 de junio de 2016, por ello, la prestación deberá pagarse desde esta data, junto con los reajustes anuales y mesadas adicionales.

De otro lado indicó que, el Tribunal Superior de Bogotá había reconocido en sede Constitucional y de manera provisional, la pensión de sobreviviente a la demandante a partir del 1 de abril de 2017, la cual disfrutó hasta la fecha de su fallecimiento, que acaeció el 23 de octubre de 2020, por tanto, dispuso impartir condena por las mesadas causadas entre el 21 de junio 2016, y hasta el 1 de abril de 2017, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, dinero que deberá formar parte de la masa sucesoral de la señora Bechara.

Finalmente, y frente al reconocimiento de los intereses moratorios, sostuvo que en vista que la demandante desde el año 2017, se le venía pagando la sustitución de la pensión de jubilación, no había lugar a esta condena.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la **parte demandante** impetró recurso de apelación, y para tal efecto, sostuvo que se encontraba probado, al igual que había sido aceptado por la demandada, que la pensión restringida de jubilación se venía solicitando desde el año 1982; sin embargo, por el paso del tiempo, no se ha podido rescatar algunos documentos. A pesar de ello, la primera certificación que aparece en el expediente data del 7 de febrero de 1997, y no la de 2011.

Adicionalmente, señaló que la mesada pensional reconocida en la tutela obedeció al mínimo vital y no realmente al valor de la pensión que corresponde de acuerdo a la indexación, por lo que deberá ajustarse la liquidación en ese sentido.

Por su parte, la demandada **AEROLÍNEAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. – AVIANCA S.A.**, presentó recurso de apelación, y para el efecto, argumentó que, si bien las Resoluciones 1017 de 1975 y 606 de 1976, del Ministerio de Trabajo, declararon la unidad de empresa frente a los derechos de las personas que pudieron tener vinculación con Avianca, SAM y Helicol, lo cierto es que los tiempos de servicio no se pueden hacerse extensivas frente a la unidad contractual, debido a que unidad de empresa fue declarada para evitar que se fueran a vulnerar los derechos prestacionales de los trabajadores, pero en caso de que Avianca tuviera que entrar a responder por los derechos de algunos de los trabajadores que fueron decretadas en la unidad de empresa, ya sea de SAM o Helicol, no se pueden tomar los tiempos laborales de los trabajadores en las diferentes empresas, teniendo en cuenta que para el momento en que se prestó el servicios las empresas eran entidades independientes, por lo tanto no resulta procedente a sumatoria de los tiempos de servicio laborados por el causante en Avianca y SAM. Por tal razón, al no acreditarse el cumplimiento del requisito de 15 años de servicio para una u otra empresa, no existe derecho a la pensión de jubilación y tampoco a su sustitución.

CONSIDERACIONES

La Sala, en atención al principio de consonancia establecido en el artículo 66-A del CPTSS, resolverá los recursos presentados por la parte demandante y demandada, en estricto sentido a lo que fue materia de alzada, acorde con las inconformidades planteadas por los apelantes.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a lo expuesto en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión establecer, si la sociedad Avianca S.A. se encuentra obligada a reconocer y pagar la pensión restringida de Jubilación, de acuerdo con el tiempo de servicio acreditado en las empresas Avianca y la Aeronáutica de Medellín Consolidada SAM; en caso positivo, se deberá determinar el valor de la mesada pensional y la fecha en la que opera el fenómeno jurídico de la prescripción.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor Jorge Emilio Nassar Sabas, nació el 29 de julio de 1918 (fº. 14 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital); *ii)* que falleció el 8 de febrero de 1981 (fº. 15

archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital); **iii)** que prestó sus servicios a Avianca desde el 14 de octubre de 1943, hasta el 7 de septiembre de 1945, y a la Aeronáutica de Medellín Consolidada SAM desde el 1 de julio de 1948, hasta el 31 de diciembre de 1962 (fº. 20 y 116 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital); **iv)** que el último sueldo devengado fue \$2.500 (fº. 116 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital); **v)** que el causante contrajo matrimonio con la señora Josefina Bechara de Nassar el día 1 de octubre de 1946 (fº. 7 y 18 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital); **vi)** que el Ministerio de Trabajo mediante Resolución 606 de 1976, declaró la unidad de empresa entre Avianca y SAM, la cual fue confirmada mediante Resolución 1017 de 1975; **vii)** que presentó acción de tutela el 19 de diciembre de 2016, con radicación 110013105025201700050-01, y mediante sentencia proferida la Sala Laboral de esta Corporación dispuso que Avianca le reconociera y pagara la sustitución de la pensión restringida de Jubilación a partir del 1 de abril de 2017; y **viii)** que el 23 de octubre de 2020, se produjo el óbito de la señora Josefina Bechara de Nassar (Registro civil de defunción exhibido en audiencia del 11 de diciembre de 2020, minuto 4:19, fº.9 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital).

UNIDAD DE EMPRESA

Conforme lo indicado anteriormente, no es objeto de controversia dentro del presente juicio que el Ministerio de Trabajo mediante Resolución 606 de 1976, declaró la unidad de empresa entre Avianca y SAM, decisión que fue confirmada mediante Resolución 1017 de 1975. A pesar de ello, el apoderado de la parte demandada centra la censura, en el hecho que no es posible acceder a la sumatoria de los tiempos laborados por el de *cujus* en estas dos entidades para efectos del reconocimiento de la pensión restringida de jubilación.

Con la finalidad de dilucidar lo anterior, debemos tener en cuenta que, respecto a los efectos derivados de la declaratoria de esta figura jurídica, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, en la sentencia CSJ SL, 31 ago. 2010, rad. 32060, reiterada en la CSJ SL15966-016, puntualizó:

[...] propende por impedir el desmejoramiento de la situación del trabajador, a través de la fragmentación del capital o del tiempo necesario para acceder a algunas prestaciones o beneficios establecidos en la ley o en las convenciones colectivas.

Su finalidad inequívoca es la de evitar que, mediante el expediente de constituir diferentes sociedades dotadas de personalidad jurídica, se oculte o simule la verdadera realidad económica en detrimento del trabajador, a los efectos de hacerla prevalecer, a plenitud, con toda su rica gama de consecuencias jurídicas.

Afirmar la existencia de una unidad económica y, en tránsito por esa vía, romper la apariencia de varios dueños, que se presenta a través del fraccionamiento del capital.

para establecer la unidad patrimonial de la explotación económica, es el trascendental designio de la declaratoria de unidad de empresa.

El efecto jurídico de su declaratoria, por los senderos administrativos o judiciales, es tener a las varias personas jurídicas, o las varias unidades de una misma persona natural o jurídica, como una sola empresa, en beneficio del trabajador, con miras a que éste pueda obtener el reconocimiento y pago de prestaciones que sólo están a cargo de una empresa. (Subrayado fuera del texto original).

Es decir, la declaratoria de la figura jurídica regulada en el artículo 194 del CST permite que las sociedades ajustarse a las dinámicas y necesidades propias de una economía globalizada y cambiante como la nuestra, pero armonizando tales procesos con el objetivo primordial del derecho laboral, como lo es «lograr la justicia social en las relaciones que existen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social» y es por ello que, según lo señaló la Corte Constitucional en sentencia CC C1185-2000, mediante tal garantía, el ordenamiento jurídico del trabajo:

[...] busca hacer realidad el principio de igualdad entre todos los trabajadores que laboran para un mismo patrón, entendiéndose que lo hacen cuando prestan sus servicios en una o varias empresas dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, siempre que desarrollen actividades similares conexas o complementarias.

De igual manera, este órgano colegiado en la sentencia CSJ SL, 23 ago. 2006, rad. 27038, sostuvo que la determinación de unidad de empresa «persigue es lograr el cumplimiento de las leyes sociales, artículo 194 de la Ley 50 de 1990, literal f), o para entenderlo claramente, que la sociedad principal responda por las obligaciones derivadas del vínculo contractual frente a los trabajadores de sus filiales o subsidiarias»; de igual forma se acotó que: «[...] lo que protege el legislador con la declaración de la unidad de empresa es que al trabajador no se le desconozcan derechos, so pretexto del cambio de empleador, cuando ello solamente es una Radicación n.º 76915 SCLAJPT-10 V.00 74 apariencia, como en este caso, en el que según quedó dicho, la supuesta renuncia de la actora únicamente constituyó una formalidad, pues la realidad es que se le trasladó de empresa (CSJ SL, 16 dic. 2009, rad. 32212)».

Conforme las anteriores citas jurisprudenciales, resulta claro que, el hecho de que las empresas AVIANCA y SAM, en su momento tuvieran personerías jurídicas distintas, ello no es óbice para que la aquí demandada se desligue de las obligaciones que surgen con la declaratoria de la unidad de empresa, en especial de las salariales y prestaciones de su filial, la extinta Sociedad Aeronáutica de Medellín Consolidada S.A. SAM, debida a que en virtud de esta figura jurídica y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 194 del C.S.T. modificado por el artículo 32 de la Ley 50 de 1990, la sociedad principal responde por las obligaciones derivadas del vínculo contractual frente a los trabajadores de sus filiales o subsidiarias.

Por tal razón, no existe asidero jurídico alguno para que se excluyan los tiempos de servicio laborados por el causante ya sea a Avianca o a SAM, pues al haber sido declarada la unidad de empresa entre estas dos sociedades, no resulta desatinada la sumatoria de los tiempos de servicio a efectos de acreditar el requisito de tiempo exigido en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961; en este orden, resulta claro que entre el 14 de octubre de 1943, al 7 de septiembre de 1945, y del 1 de julio de 1948, al 31 de diciembre de 1962, se acumuló un tiempo de servicio mayor a 15 años, lo que evidentemente da lugar al reconocimiento de la prestación solicitada, en vista que este ha sido el único requisito cuestionado para el reconocimiento de este derecho.

Conforme lo anterior, no se acogen los argumentos esbozados por el apoderado de la demandada y en consecuencia, se deberá confirmar la sentencia apelada, en lo que a este punto se refiere.

TASA DE REEMPLAZO E INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN

A fin de desatar el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandante, tenemos que el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, en su tercer inciso, establece que la cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido en caso de reunir todos los requisitos necesarios conforme a la pensión plena establecida en el art. 260 del C.S.T y se liquidara con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

Si bien, dentro del expediente no obra prueba del promedio devengado por causante, en el último año de servicio, lo cierto es que la certificación de fecha 22 de enero de 2020, da cuenta que el último salario devengado por Jorge Emilio Nassar Sabas, para el año 1962, fue de \$2.500 (fº. 116 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital)

Con base en dicho monto, se procede a hallar el porcentaje aplicable para lo cual acudiremos a la fórmula establecida por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, en providencia CSJ SL, 21 jun. 2011, rad. 49477, en donde se determina que el 75% corresponde a 7200 días y como en el presente caso el actor laboró 5.843 días, le es aplicable un porcentaje correspondiente a 60,86%.

Seguidamente, se procede a indexar la mesada pensional para lo cual seguiremos las indicaciones establecidas por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en la sentencia CSJ SL, 31 ene. 2012, rad. 50934, esto es, teniendo como IPC inicial el de la última anualidad de la fecha de la pensión y como IPC inicial el de la última anualidad de la fecha de retiro y se determina de la siguiente manera:

Ultimo salario: \$2.500

Fecha de retiro: 31 de diciembre de 1962

Fecha pensión: 29 de julio de 1978

Formula:
$$R = \frac{RH \text{ Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

IPC Final: 0.67

IPC Inicial: 0,06

Ultimo salario actualizado: \$27.916,67

Porcentaje: 60,86%

En consecuencia, al señor Jorge Emilio Nassar Sabas le correspondía una primera mesada pensional correspondiente a **\$16.990,08** a partir del 29 de julio de 1978, una vez aplicando lo incrementos legales se tienen los siguientes valores:

Año	Mesada	Incremento	Año	Mesada	Incremento	Año	Mesada	Incremento
1978	\$ 16.990,08	27,45	1993	\$ 444.874,10	25,13	2008	\$ 2.374.349,12	5,69
1979	\$ 20.345,62	19,75	1994	\$ 545.415,65	22,60	2009	\$ 2.556.461,70	7,67
1980	\$ 26.207,19	28,81	1995	\$ 668.625,05	22,59	2010	\$ 2.607.590,93	2,00
1981	\$ 33.010,58	25,96	1996	\$ 798.739,48	19,46	2011	\$ 2.690.251,57	3,17
1982	\$ 41.712,17	26,36	1997	\$ 971.506,83	21,63	2012	\$ 2.790.597,95	3,73
1983	\$ 51.735,61	24,03	1998	\$ 1.143.269,24	17,68	2013	\$ 2.858.688,54	2,44
1984	\$ 60.334,06	16,62	1999	\$ 1.334.195,20	16,70	2014	\$ 2.914.147,10	1,94
1985	\$ 71.363,13	18,28	2000	\$ 1.457.341,41	9,23	2015	\$ 3.020.804,88	3,66
1986	\$ 87.384,15	22,45	2001	\$ 1.584.858,79	8,75	2016	\$ 3.225.313,37	6,77
1987	\$ 105.691,13	20,95	2002	\$ 1.706.100,49	7,65	2017	\$ 3.410.768,89	5,75
1988	\$ 131.078,14	24,02	2003	\$ 1.825.356,91	6,99	2018	\$ 3.550.269,34	4,09
1989	\$ 167.937,32	28,12	2004	\$ 1.943.822,57	6,49	2019	\$ 3.663.167,90	3,18
1990	\$ 211.802,54	26,12	2005	\$ 2.050.732,81	5,50	2020	\$ 3.802.368,28	3,80
1991	\$ 280.341,85	32,36	2006	\$ 2.150.193,36	4,85			
1992	\$ 355.529,53	26,82	2007	\$ 2.246.522,02	4,48			

De acuerdo con lo anterior, es evidente que las mesadas pensionales son superiores al salario mínimo legal mensual vigente. De igual forma, se debe manifestar que tal y como lo indicó el apoderado de la parte actora, dentro de la acción de tutela No. 110013105025201700050-01, la Sala Laboral de este Tribunal, estableció de

manera provisional, como mesada pensional, la suma equivalente al salario mínimo para la fecha de este pronunciamiento judicial, esto es el año 2017.

Así las cosas, le asiste razón al impugnante y por ello se deberá adicionar la sentencia recurrida, frente a este asunto.

PRESCRIPCIÓN

Sobre el particular, adujo la parte demandante, que se encontraba probado, al igual que había sido aceptado por la demandada, que la pensión restringida de jubilación se venía solicitando desde el año 1982; sin embargo, por el paso del tiempo, no se ha podido rescatar algunos documentos. A pesar de ello, la primera certificación que aparece en el expediente data del 7 de febrero de 1997, y no la de 2011.

Para dar repuesta al recurrente, la Sala se limitará únicamente a lo que fue materia de inconformidad, en estricta aplicación al principio de consonancia previsto en el artículo 66 A del CPTSS, adicionado por el canon 35 de la Ley 712 de 2001.

En primer lugar, se debe advertir que, tal y como lo definen inequívocamente los artículos 488 C.S.T. y C.P.T. y S.S., los plazos de los términos prescriptivos empiezan a contabilizarse a partir de la fecha en la que se hacen exigibles las obligaciones, por lo tanto, dada la naturaleza periódica o de tracto sucesiva de la pensión que fue objeto de estudio en el presente juicio, la prescripción resulta viable, exclusivamente respecto de los créditos o mesadas pensionales que no se hubiesen solicitado dentro de los tres años anteriores al momento en que se presente la reclamación del derecho pretendido, por lo tanto, resulta claro que con la reclamación a la que se hizo alusión anteriormente, únicamente se exigió el pago de las mesadas causadas hasta el 7 de febrero de 1997, pudiendo la promotora de la contienda, exigir el pago de las mesadas que se causaren con posterioridad a esta data, a efectos de interrumpir su prescripción, conforme los términos de la norma en cita, se itera, cada mesada pensional nace a la vida jurídica y produce sus efectos en forma autónoma e independiente, conforme fue estudiado por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en la sentencia CSJ SL4340-2019, en donde se precisó:

*Esta Corporación ha sido enfática en cuanto a que el derecho pensional no prescribe, contrario a lo que sucede con las mesadas, toda vez que al tratarse de importes que se hacen exigibles periódicamente, admiten prescripción trienal, **cuyo cómputo corre de manera independiente para cada período, desde que se hace exigible la mensualidad.***

Dicho criterio, también fue expuesto en la sentencia STL6208-2017, en la que se dijo:

*En el criterio de la Sala, los errores anteriores tuvieron su origen en que la corporación accionada olvidó que, si bien la interrupción de la prescripción se da por una sola vez, **en el caso de las mesadas pensionales, que son de naturaleza periódica y causación progresiva, el beneficiario puede legítimamente presentar reclamaciones respecto de cada mesada, en orden a interrumpir, también en forma individual, el fenómeno prescriptivo.*** (Negrillas y subrayado fuera del texto original.

Acorde con dicho criterio jurisprudencial, resulta claro que, por tratarse de una prestación de tracto sucesivo, se puede interrumpir la prescripción respecto de cada mesada en forma individual, lo que lógicamente debe ir acompañado de la presentación de la demanda, dentro del término previsto en los artículos 151 del CPTSS y 488 del CST.

En el caso bajo estudio, advierte esta colegiatura que el apoderado de la parte demandante señala que la primera reclamación tendiente a obtener el reconocimiento de la pensión restringida de jubilación y su consecuente sustitución fue en el año 1982; sin embargo, de ello no obra prueba alguna en el expediente. Por el contrario, se advierte que el 7 de febrero de 1997, fue presentada reclamación frente a Avianca (fº. 22 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), tal y como lo ha sostenido el apoderado del extremo pasivo.

A pesar de ello, este hecho no tiene relevancia alguna, en la medida que, el derecho a la pensión restringida de jubilación se reconoció al causante Jorge Emilio Nassar Sabas a partir del 29 de julio de 1978, y a favor de la señora Josefina Bechara de Nassar se sustituyó esta prestación a partir del 8 de febrero de 1981, por lo tanto, al elevarse reclamación el día 7 de febrero de 1997, la demanda debió haber sido presentada a más tardar el 7 de febrero de 2000, lo que no ocurrió, como quiera que esta tan solo fue presentada el 21 de julio de 2019 (fº. 56 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital).

De igual forma, se observan otras reclamaciones de dicha prestación directamente al empleador, entre ellas, la del 3 de mayo de 2011 y 21 de octubre de 2011; sin embargo, como la acción judicial no fue instaurada dentro de los tres años siguientes a la radicación de dichas solicitudes, estas no tienen la virtualidad de interrumpir la prescripción; en consecuencia, se confirmará la decisión en este punto.

RETROACTIVO PENSIONAL

De acuerdo con lo anteriormente expuesto y efectuadas las operaciones aritméticas correspondiente, se obtiene un valor de \$ 39.260.127,01, por concepto de retroactivo causado entre el 21 de junio de 2016 hasta el 31 de marzo de 2017, conforme lo advertido en este proveído, el cual incluye las mesadas adicionales, conforme se ilustra a continuación:

Año	Valor mesada	No. Mesadas	Reroactivo
2016	\$ 3.225.313,37	9	\$ 29.027.820,34
2017	\$ 3.410.768,89	3	\$ 10.232.306,67
			\$ 39.260.127,01

Ahora bien, se advierte que a partir del 1 de abril de 2017, la enjuiciada como consecuencia de la acción de tutela parafraseada en varias oportunidades a lo largo de esta sentencia, reconoció y pagó la sustitución de la pensión restringida de jubilación a la demandante, en una suma equivalente al salario mínimo vigente para el año 2017, valor establecido de manera provisional por el juzgador Constitucional, por lo tanto, resulta procedente disponer el pago de la diferencia existente entre este valor y el aquí hallado, causado entre el 1 de abril de esta anualidad y el 23 de octubre de 2020, fecha en que se produjo el óbito de la accionante, valor que asciende a la suma de \$136`228.963,40, conforme se discrimina a continuación:

Año	S.M.L.M.V.	Valor mesada	Diferencia	No. Mesadas	Reroactivo
2017	\$ 737.717,00	\$ 3.410.768,89	\$ 2.673.051,89	11	\$ 29.403.570,79
2018	\$ 781.242,00	\$ 3.550.269,34	\$ 2.769.027,34	14	\$ 38.766.382,73
2019	\$ 828.116,00	\$ 3.663.167,90	\$ 2.835.051,90	14	\$ 39.690.726,64
2020	\$ 877.803,00	\$ 3.802.368,28	\$ 2.924.565,28	9,7	\$ 28.368.283,24
				Total	\$ 136.228.963,40

Por lo anterior, por concepto de retroactivo pensional la demandada Aerolíneas del Continente Americano S.A. AVIANCA S.A. deberá reconocer a favor de la sucesión de la señora Josefina Bechara de Nassar, la suma de \$175.489.090,41, en este sentido se adicionará el numeral segundo de la sentencia apelada.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandada, como quiera que su recurso de alzada no prosperó.

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 Y ADICIONAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia emitida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, el 11 de diciembre de 2020, el sentido de indicar que se reconoce por concepto de retroactivo pensional causado entre el 21 de junio de 2016 hasta el 23 de octubre de 2020, la suma de \$175´489.090,41.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada.

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 parte demandada, la suma de \$1.160.000, para cada una de ellas.



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

RADICADO	110013105021201900731-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	HERNANDO HUERTAS CASTELBLANCO
DEMANDADO	UPSISTEMAS S.A.S.

En Bogotá D. C. a los Treinta y un (31) días del mes de mayo 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 **Hernando Huertas Castelblanco** se **declare** que existió un contrato de trabajo con Upsistemas S.A.S., entre el 25 de agosto de 2003, hasta el 10 de julio de 2019; **declarar** que el proceso disciplinario de fecha 6 de mayo de 2019, vulneró sus derechos al debido proceso, presunción de inocencia y derecho de defensa; que se **declare** ineficaz la terminación del contrato de trabajo de manera unilateral; como consecuencia de lo anterior, solicita que se **ordene** a la demandada a su reintegro, junto con el pago de salarios, cesantías, intereses a las cesantías, primas legales y convencionales, vacaciones dejadas de percibir desde el 11 de julio hasta el momento en que se reintegre, sin solución de continuidad; que se **condene** a la demandada a lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

De manera subsidiaria, pretende que se **declare** que el despido fue sin justa causa; en consecuencia, se **condene** a pagar la indemnización por despido sin justa causa; que se **condene** al pago de la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST, por el no pago de la sanción por despido sin justa causa.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº. 4 y 5), señaló en síntesis, que se ingresó a laborar con la Upsistemas S.A.S., desde el 25 de agosto de 2003, con contrato a término indefinido; que el cargo desempeñado fue el de auxiliar administrativo HSE; que el último salario devengado fue \$1.220.002; que fue despedido sin justa causas el día 10 de julio de 2019; que el 6 de mayo de 2019, le informaron sobre la citación a descargos por presunta pérdida de material que se suministra a la empresa ELE de Colombia; que en este documento no se allegaron las pruebas de la investigación que dio lugar a la apertura formal del proceso disciplinario; que el día 7 de mayo de 2019, a las 11:30 a.m., en la oficina de la demandada, se llevó a cabo la diligencia de descargos, la cual se continuó el 24 de mayo de 2019; que en el documento de apertura de proceso disciplinario no se le informó provisionalmente qué tipo de falta cometió; que tampoco se le indicó a qué tipo de sanción disciplinaria podía ser objeto; que no se le concedió tiempo para armar su defensa técnica; que en la diligencia de descargos manifestó desconocer los motivos para ser llamado disciplinariamente; que dos meses después se le informó la terminación de su contrato de trabajo de forma unilateral con justa causa; que la compañía no le dio la oportunidad de interponer recurso de apelación (principio de doble instancia); que la compañía vulneró el debido proceso al realizar un proceso disciplinario sin las garantías legales y Constituciones.

Sostuvo que, la accionada no ponderó la falta disciplinaria a la sanción; que los hechos por los cuales fue acusado, eran de conocimiento de sus superiores; que el día 29 de julio de 2019, interpuso acción de tutela y como consecuencia de ello fue reintegrado; que Upsistema S.A.S. impugnó el fallo de tutela; que el Juzgado de segunda instancia revocó el fallo proferido; que debido a ello, el 17 de septiembre de 2019, la compañía lo volvió a despedir; que él siempre prestó buen servicio a la compañía, realizando la labor con responsabilidad; que fue despedido sin que mediara autorización del Ministerio de Trabajo, por estabilidad laboral reforzada.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La sociedad **UPSISTEMAS S.A.S.** contestó (fº 101), allanándose a la pretensión relacionada con la existencia del contrato de trabajo y sus extremos temporales; respecto a las demás presentó oposición. En cuanto a los hechos, aceptó que entre las partes se suscribió un contrato de trabajo a término indefinido, vigente entre el 25 de agosto de 2003, y el 10 de julio de 2019, fecha en la que el trabajador fue despedido con justa causa; que el cargo desempeñado por él, fue el de Auxiliar Administrativo HSE y su último salario fue de \$1.220.002; que el 6 de mayo de 2019, se le informó sobre la citación a descargos por la presunta pérdida de material que se

le suministraba a la empresa ELE de Colombia; que el día 7 de mayo de 2019, a las 11:30 se llevó diligencia de descargos y tuvo lugar su continuación el 24 del mismo mes y año; que el trabajador fue reintegrado por orden de tutela, fallo que fue impugnado y revocado. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no ser ciertos. Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de la obligación, falta de causa material, improcedencia del reintegro, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción de las reclamaciones laborales e improcedencia de la sanción moratoria.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 22 de abril de abril de 2020 (fº 109 y 110), resolvió:

PRIMERO. DECLARAR que entre el señor HERNANDO HUERTAS CASTELBLANCO y la sociedad UPSISTEMAS S.A.S., existió un contrato de trabajo desde el 25 de agosto de 2003 al 10 de julio de 2019.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, FALTA DE CAUSA MATERIAL, IMPROCEDENCIA DEL REINTEGRO, COBRO DE LO NO DEBIDO”, propuestas por la demandada.

TERCERO: NEGAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA en contra de UPSISTEMAS S.A.S., presentadas por el señor HERNANDO HUERTAS CASTELBLANCO.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS de esta instancia al demandante y a favor de la parte demandada. Inclúyase en su liquidación la suma de \$400.000 como agencias en derecho.

Para fundamentar su decisión, sostuvo que no se encontraba en discusión que la existencia del contrato de trabajo y que el mismo había sido ejecutando entre el 23 de agosto de 2003, al 10 de julio de 2009. Establecido lo anterior, como primera medida analizó lo relacionado con la ineficacia del despido y para ello indicó que la parte demandante no demostró la existencia de un procedimiento previo, establecido por la empresa, para proceder al despido de sus trabajadores, en el que se determinara este como una sanción disciplinaria. Citó la sentencia con radicación 47346 del 9 marzo 2016 y SL3655, en la que se señalaba que, la terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa no obliga al emperador a observar un trámite previo o proceso disciplinario contrario a lo que acontece con la imposición de una sanción disciplinaria, pues basta con que concurra una causal de terminación prevista en la ley para que éste quede habilitado para ponerle fin al vínculo contractual.

Manifestó que, el despido no tiene un carácter sancionatorio, por lo que para adoptar una decisión de esta índole el empleador no está obligado por ley a seguir un procedimiento de orden disciplinario, salvo convenio en contrario y en los casos de la

causal tercera del literal a del artículo 62 del CST, en el que se debe oír previamente al trabajador para que ejerza su derecho defensa. Indicó que, los procedimientos instituidos en la sentencia C 593 de 2014, resultan operantes cuando se procede con la imposición de sanciones disciplinarias, lo que difiere de la terminación unilateral del contrato de trabajo efectuada por el empleador con base en una justa causa.

En todo caso, encontró acreditado que el trabajador tuvo conocimiento de los hechos investigados y que posteriormente dieron origen a la terminación del contrato, debido a que previo a ello se adelantó diligencia de descargos, tal y como quedó establecido en las actas del 17 de mayo 2014, y posteriormente en la ampliación de descargos del 24 mayo de la misma anualidad, garantizándose de esta forma el derecho de defensa.

En relación con la inmediatez, refirió que la empresa si bien, tuvo conocimiento de las causas que dieron origen al despido el 28 de marzo 2019, y la decisión de terminar el contrato de trabajo se produjo el 10 de julio de la misma anualidad, ello no significa una inactividad de la demandada, como quiera que en este lapso se logró comprobar la realización de las conductas endilgadas a trabajador, adelantar la diligencia de descargos y realizar su ampliación, tiempo que fue considerado como razonable. Por las anteriores razones, no se accedió a la declaratoria de la ineficacia del despido, dado que no se observó violación al debido proceso.

Respecto al despido sin justa causa, argumento que, la iniciativa de ponerle fin a la relación provino del empleador y a este le incumbía acreditar la justificación de los hechos que lo originaron. Que de acuerdo al acta de descargo y la carta de terminación, los hechos que originaron la finalización del contrato de trabajo fueron: impartir instrucciones no autorizadas a un funcionario de la sociedad ELE Colombia SAS, entregar a este funcionario un material que no iba a pesado, ni relacionados en las planillas correspondientes, involucrando a terceros en las gestiones de transporte y recogida de un material que era de propiedad de Upsistemas SAS; que debía ser entregado únicamente en la empresa ELE Colombia para su disposición, tomar material para su uso y provecho personal, sin contar con la correspondiente autorización.

Dijo que, había sido demostrado que el accionante al momento de realizar la entrega del material al señor Juan Martínez, conductor de la empresa ELE de Colombia, le solicitó que transportara, unos cables y que una vez estos estuvieran en las instalaciones de ELE, fueran entregadas al señor Fabio Nelson Bohórquez, conducta que fue aceptada por el demandante en el interrogatorio de parte y en el acta

de descargos, aceptando incluso que para ello, no contaba con autorización de su empleador, debido a que esa chatarra se encontraba a disposición de Juan Martínez.

De igual forma, se encontró acreditado que, de acuerdo con la remisión de entrega de productos de fecha 8 de abril de 2019, el material relacionado pesaba 22.2 kilogramos; sin embargo, el entregado por el actor fue de 12 kilogramos. Que se sumaba a lo anterior, el hecho que el material faltante iba a ser recogido por Fabio Nelson Bohórquez, quien es un tercero ajeno a ELE Colombia y a la aquí demandada, conforme autorización dada por el demandante, sin que dichas circunstancias hayan sido puestas en conocimiento de su empleador. Adicionalmente, en el interrogatorio de parte el accionante había aceptado que el señor Fabio Nelson Bohórquez era su amigo y vecino, quien había tomado ese material para su beneficio personal con el fin de utilizarlo en un equipo de soldadura de su propiedad.

Expresó que, si bien los incumplimientos descritos por el empleador en la carta de terminación del vínculo no fueron previa y oportunamente calificados como una falta grave en el reglamento interno de trabajo, o por lo menos ello no había sido demostrado, en la medida que este no había sido aportado, lo cierto es que las conductas endilgadas constituyen una violación grave a las obligaciones del trabajador y por lo tanto, se encontraba justificada la terminación del contrato de trabajo.

Finalmente, reseñó que en relación a la estabilidad laboral reforzada, este tema desborda los asuntos contemplados en el objeto del litigio, las cuales fueron limitados al reintegro, la violación del debido proceso y de forma subsidiaria al despido injusto.

RECURSO DE APELACIÓN

El señor **HERNANDO HUERTAS CASTELBLANCO** impetró recurso de apelación a través de su apoderado, con la finalidad que se revoque en su integridad la sentencia proferida por el a quo, teniendo en cuenta para ello que, la Corte ha indicado que se debe seguir un procedimiento cuando se inicia un proceso disciplinario, como quiera que conforme el reglamento interno de trabajo contempla que cualquier trabajador o persona que ha sido involucrada en un acto en contra de los intereses de la compañía, será llamado a rendir descargos.

Agregó que, la Corte Constitucional SU 598 del 2019, contempla el debido proceso disciplinario y se deben garantizar unos principios mínimos, por ello, se deben determinar cuáles son las presuntas faltas, cual es el objeto de la investigación, se deben allegar las pruebas que se pretendan hacer valer por parte del empleador y cuáles son los cargos que se van a imputar al trabajador, siendo ello así, al trabajador

en ningún momento se le presentó prueba siquiera sumaria de los hechos endilgados.

Señaló que, transcurrieron 3 meses y 12 días, entre la fecha de conocimiento de los que originaron la falta disciplinaria y el despido, a su vez reprocha que el empleador el día 29 de marzo del 2019, recibió comunicación en donde se informan una serie de irregularidades y tan solo 1 mes después ello, el actor fue llamado a proceso disciplinario, tiempo que considera desproporcionado, aunado a ello, 2 meses más tarde nuevamente es citado para rendir nuevos descargos, sin que tampoco se le hiciera entrega de pruebas.

Agregó que, las sentencias de tutela, dan cuenta que actor estaba llevando un proceso de calificación ante la junta nacional, en la que se le otorgó un porcentaje por pérdida de capacidad laboral, por lo tanto, al analizar la línea de tiempo que existe entre el proceso disciplinario y esta calificación, lo que se evidencia es que la empresa buscó la oportunidad para despedirlo con justa causa

Consideró que, el trabajador nunca realizó un mal manejo, simplemente los cables fueron regalados por parte del señor Juan, que pertenecía a la compañía ELE Colombia, por tal razón, la demandada vulneró el debido proceso, la presunción de inocencia, el principio de doble, conforme lo expresa la sentencia C-593 del 2014 y la SU-598 del 2019.

CONSIDERACIONES

La Sala, en atención al principio de consonancia establecido en el artículo 66-A del CPTSS, resolverá el recurso en estricto sentido a lo que fue materia de alzada, acorde con las inconformidades planteadas por el apelante.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a lo expuesto en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si resulta procedente declarar la ineficacia del despido realizado el 10 de julio de 2019, por la presunta violación del debido proceso, la presunción de inocencia y el principio de doble instancia, y el consecuente reintegro.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor Hernando Huertas Castelblanco suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la sociedad Upsistemas S.A.S., el cual estuvo vigente entre el 25 de agosto de 2003, al 10 de julio de 2019, fecha en la que el trabajador fue despedido (fº. 30 y 43); *ii)* que el último cargo desempeñado por el demandante fue el

de Auxiliar Administrativo HSE (fº. 43); y *iii*) que el último salario devengado fue \$1.220.002 (fº.39 del archivo obrante en el CD de folio 101).

INEFICACIA DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Decantado lo anterior, se debe señalar que desde el libelo inaugural ha venido sosteniendo la parte actora que su despido se torna ineficaz debido a que existió violación del debido proceso, y se desconocieron los principios de presunción de inocencia y doble instancia.

Con la finalidad de desarrollar el asunto puesto a consideración de esta Sala de Decisión, sea lo primero reseñar que el despido no tiene un carácter sancionatorio o disciplinario, tal y como se ha venido reseñando en las innumerables sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las CSJ SL 3691-2016, CSJ SL 2351-2020 y SL496-2021; sin embargo, ello no es óbice para que la decisión de despido desconozca los procedimientos descritos en el Reglamento Interno de Trabajo, o los concertado entre empleador y trabajador en pactos, convenciones colectivas o en contratos de trabajos.

En el caso bajo examen, se observa que aun cuando el recurrente al momento de cuestionar la sentencia de instancia, insinúa que el reglamento interno de la empresa contiene un procedimiento especial, lo cierto es que esta afirmación no encuentra asidero, en la medida que dentro del caudal probatorio recaudado en el curso del proceso, no reposa el reglamento al que alude el convocante a juicio, por tal razón, no existe certeza que en efecto Upsistemas S.A.S., haya contemplado un trámite particular para la comprobación de hechos o circunstancias que dan lugar al fenecimiento del contrato de trabajo con justa causa. De igual forma, se debe advertir que, de la lectura del contrato de trabajo, tampoco se vislumbra que entre las partes se haya acordado un proceder específico previo a adoptar la decisión de despido. Así mismo, se hace hincapié que las partes tampoco allegaron convención o pacto colectivo que demuestre algo diferente.

Sobre el particular, la máxima Corporación de la jurisdicción ordinaria en materia laboral, en sentencia CSJ SL496-2021, indicó:

En relación con lo anterior, la Corporación ha sido enfática en sostener que el despido no es una sanción disciplinaria y, por consiguiente, para su imposición no hay obligación de seguir el trámite que se utiliza para la aplicación de la misma, salvo que las partes lo hayan pactado expresamente como, por ejemplo, en el contrato de trabajo, convención colectiva, o pacto colectivo. (CSJ SL 2351-2020).

Desde otro horizonte, no se desconoce por parte de la Corte y así ha precisado el precedente de la Sala de Casación Laboral, que el debido proceso constituye un derecho que en principio, presupone la existencia de un procedimiento judicial o

administrativo, y que en tratándose de la terminación del contrato con justa causa por parte del empleador, la vulneración del derecho al debido proceso se puede predicar, por regla general, en el evento de que dentro de la empresa se haya previsto expresamente un procedimiento para despedir (CSJ SL2351-2020). (Subrayado y negrillas del despacho).

[...]

En este orden de ideas, es claro que conforme las reglas jurisprudenciales precisadas por la Corporación, el despido no tiene una función ni un carácter sancionatorio o disciplinario, pues se trata de un recurso legítimo al alcance del empleador, sujeto al marco y a los límites legales y constitucionales, y que en todo caso no está exento del cumplimiento del derecho del debido proceso y defensa en la medida que presuponga un procedimiento judicial o administrativo previos.

Ahora bien, frente a la obligación de escuchar al trabajador previo a que el empleador finalice el contrato de trabajo, con fundamento en las justas causas contempladas en el artículo 62 del C.S.T., la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en la sentencia CSJ SL679-2021, puntualizó:

En orden con lo acabado de decir, esta Sala considera oportuno fijar el nuevo criterio de que la obligación de escuchar al trabajador previamente a ser despedido con justa causa como garantía del derecho de defensa es claramente exigible de cara a la causal 3) literal A del artículo 62 del CST, en concordancia con la sentencia de exequibilidad condicionada CC C-299-98. De igual manera, frente a las causales contenidas en los numerales 9° al 15° del art. 62 del CST, en concordancia con el inciso de dicha norma que exige al empleador dar aviso al trabajador con no menos de 15 días de anticipación. Respecto de las demás causales del citado precepto, será exigible según las circunstancias fácticas que configuran la causal invocada por el empleador. En todo caso, la referida obligación de escuchar al trabajador se puede cumplir de cualquier forma, salvo que en la empresa sea obligatorio seguir un procedimiento previamente establecido y cumplir con el preaviso con 15 días de anticipación frente a las causales de los numerales 9° al 15°. (Subrayas y negrillas fuera del texto original).

De acuerdo con lo anterior, la empresa demanda mediante comunicación de fecha 6 de mayo de 2019, procedió a citar al señor Hernando Huertas Castelblanco a diligencia de descargos para el día 07 de mayo de 2019, a las 11:30 a.m., haciéndole saber que la misma se realizaba con ocasión de la pérdida de material que se suministraba a la empresa ELE de Colombia (fº 40). En este orden, conforme a lo consignado en el acta de descargos, al promotor de la contienda se le dio la oportunidad de controvertir los hechos que rodearon el llamado a rendir descargos, dio las explicaciones que consideraba pertinentes frente a los hechos cuestionados, a su vez, contó con la oportunidad de estar acompañado por un compañero de trabajo, sin que hubiese hecho uso de este derecho. (fº 21 a 24 del archivo obrante en CD del folio 101).

También cabe destacar que, el actor a través de comunicación de fecha 23 de mayo de 2019, fue llamado para que ampliara los descargos, diligencia que fue realizada el 24 de mayo de 2019, a través de cual se le solicita aclaración frente a

algunos hechos que rodaron la citación inicial, es esta oportunidad el señor Huertas tuvo la oportunidad de controvertir las pruebas que se aducían en contra y que habían sido aportadas por la Empresa ELE de Colombia, tales como fotografías e informe.

De manera que, no queda duda alguna que la enjuiciada Upsistemas S.A.S., le garantizó al señor Hernando Huertas Castelblanco, de manera previa al despido, el derecho de defensa, el debido proceso, pues permitió que él fuera oído previo el finiquito del contrato de trabajo, por lo que ninguna razón le asiste al recurrente sobre este particular.

De otra parte, se observa que otro de los aspectos reprochados de la sentencia de primer grado, fue el tiempo transcurrido entre la ocurrencia de los hechos que motivan la decisión del despido y la fecha del fenecimiento del vínculo laboral, es menester traer a colación la sentencia CSJ SL18110-2016, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, rememorada en SL3317-2019, entre otras, en donde respecto al tema de la inmediatez del despido, se indicó:

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la extemporaneidad del despido -punto (i)-, conviene recordar que esta Corporación, ha sostenido de forma pacífica que la terminación del contrato de trabajo por justa causa por parte del empleador debe ser, además de explícita y concreta, tempestiva, toda vez que aun cuando el legislador no ha establecido límites temporales máximos para que ante tal situación este invoque en su favor la condición resolutoria del vínculo jurídico, no puede olvidarse que entre las causas que le dan origen y la determinación de despido que se adopte, no debería mediar término o, a lo sumo, el que resulte apenas razonable, y que de no proceder el empleador a despedir a su trabajador de forma inmediata o dentro de un término prudencial, en sana lógica se entenderá que absolvió, perdonó, condonó o dispensó la presunta falta.

De acuerdo con lo demostrado en el presente juicio, los hechos expuestos en la carta de terminación del contrato de trabajo, tuvieron ocurrencia el día 28 de marzo de 2019, ello se extrae de las diligencias de descargos; de igual forma, se tiene que la sociedad ELE Colombia S.A.S. a través de correo electrónico de esta misma data, le comunica a la aquí demandada, la novedad presentada respecto a la entrega de material, en donde se informa que este «salió sin y que la persona que le entrego (Ver foto 2) le indico que ese cable lo necesitaba y lo pasaría a recoger en nuestras instalaciones» (fº 18 del archivo obrante en CD de folio 101); lo anterior da cuenta que la sociedad Upsistemas S.A.S. tuvo conocimiento de las conductas reprochables desde la fecha misma de su comisión.

Ahora bien, el día 8 de abril de 2019, la sociedad ELE de Colombia presentó reporte de recolección realizada en el mes de marzo de 2019, encontrándose que por concepto de «residuos no aprovechables; encauchetado, residuos de silicio» se había entregado el equivalente a 14 kilogramos; sin embargo, en lo referenciado por el demandante en el formato de «emisión entrega de productos», la cantidad referida por

concepto de «*cable encauchetado con cobre*» corresponde a 22,2 kilogramos (fº 31 y del archivo obrante en CD del folio 101).

A partir de la ocurrencia de este hallazgo en menos de un mes, la convocada a juicio, realizó la primera citación a descargos, esto es el 6 de mayo de 2019, adelantándose la diligencia al día siguiente. De igual forma, se avizora que se realizó nueva citación a descargos, transcurriendo entre una y otra menos de 20 días, y dentro de los siguientes 17 días siguientes se adoptó la determinación de finalizar el vínculo laboral con fundamento en la existencia de una justa causa.

Tampoco se puede perder de vista que, la deponente Jhoana Herazo Velaides, Directora de Desarrollo Organizacional de la demandada, sostuvo que el accionante solo fue llamado a rendir descargos una vez se contó con todos los elementos necesarios para adelantar la diligencia y que la decisión de terminación del contrato de trabajo, se adoptó después de revisados todos los documentos, analizar las diligencias de descargos, consultar con la oficina laboral y con los diferentes profesionales de nivel interdisciplinario, testigo que valga la pena resaltar, no fue objeto de tacha por sospecha en los términos del artículo 211 del CGP, por tal razón, su declaración goza de plena credibilidad.

De lo anterior, se evidencia que, si bien la decisión de despido no fue concomitante a la comisión de los hechos que lo originaron, se debe resaltar por parte de esta Sala de Decisión, que el simple reporte presentado por la empresa ELE de Colombia el 28 de marzo de 2019, no hubiese sido suficiente para terminar el contrato de trabajo; por el contrario, esta decisión adquiere firmeza y solidez, con los reportes de recolección, la remisión de entrega de productos, incluso con la aceptación de algunos hechos por parte del demandante en las diligencias de descargos; por ello resulta diáfano que, este extremo procesal enjuiciado no adoptó una posición pasiva frente a la ocurrencia de los hechos materia de investigación, que permitieran pensar que se había condonado la falta, puesto contrario a ello, tal y como lo señaló la deponente Jhoana Herazo, la empresa se tomó el tiempo necesario para efectos de constatar la responsabilidad en la ocurrencia de los hechos.

En otras palabras, debe considerarse que el lapso temporal transcurrido entre la data de comisión de los hechos endilgados al trabajador y la fecha del finiquito contractual, no conduce a señalar que esta sea inoportuna o se haya perdido el principio de causalidad; se itera, ello en virtud de las diligencias y/o investigaciones administrativas que se demostró fueron adelantadas por la empresa en dicho periodo, y para ese efecto.

Ahora bien, en lo que hace referencia a la aplicación de la sentencia C-593-2014, cabe indicar que las precisiones allí realizadas tienen incidencia frente a lo regulado en el artículo 115 del C.S.T., esto es, lo relacionado frente a la facultad disciplinaria del empleador, de manera que la misma no tiene cabida en el asunto objeto de estudio, debido a que como ha sido expuesto a lo largo de esta providencia, la aplicación de la sanción disciplinaria dista de los efectos del despido, que fue lo que aconteció para el caso del actor, por lo tanto, la decisión de dar por finiquitado el contrato de trabajo no era objeto de recurso de apelación, en virtud del principio de la doble instancia pregonado por la parte activa.

Sobre el punto en debate, se pronunció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL496-2021, en donde fijó el alcance de la providencia de la Corte Constitucional, señalando al respecto:

Alcance de la sentencia CC C-593-2014

Ahora, como quiera que la censura ataca la no aplicación de la sentencia CC C-593-2014, considera la Sala que conviene precisar cuál es el alcance de dicha providencia.

Señala la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad del artículo 115 del CST que, al interpretar la norma acorde con los postulados que rigen el debido proceso, este se aplica no solo a las actuaciones judiciales y administrativas del Estado, sino también cuando se haga uso de la «facultad disciplinaria» la cual se define como la «prerrogativa de un sujeto para imponer sanciones o castigos para mantener el orden al interior de las organizaciones privadas».

Advierte la sentencia que esto hace indispensable que se regule en los reglamentos internos de trabajo las formas o parámetros mínimos que delimiten el uso del poder sancionatorio, de tal manera que se permita conocer a los trabajadores tanto las conductas que dan origen al castigo como su sanción y el procedimiento.

Es así como se requiere que toda sanción impuesta por el empleador debe estar previamente consagrada en el reglamento y debe ser resultado de un proceso en el que se haya oído previamente al trabajador, en el cual se le haya permitido presentar pruebas y controvertir las que existiesen en su contra, su revisión la proporcionalidad y la razonabilidad en la imposición de la sanción.

Así las cosas, se tiene que el alcance fijado por la Corte Constitucional y las precisiones allí efectuadas se circunscriben específicamente a la facultad disciplinaria del empleador. De tal manera que dicha decisión resulta aplicable cuando el empleador tramite un proceso disciplinario o imponga una sanción de tal naturaleza. La norma objeto de análisis no se encuentra prevista para el despido que de manera unilateral efectúe el empleador. (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

A la misma conclusión se llega respecto a la aplicación de la sentencia SU-598 del 2019, al *sub judice*, como quiera que, se itera, al actor no se le aplicó una sanción disciplinaria, lo que se dispuso fue la terminación de su contrato de trabajo por la existencia de una justa causa en los términos del artículo 62 del CST, sumado al hecho

que esta providencia resuelve situaciones de diferentes contornos a los aquí analizados, pues dentro de los hechos planteados en el escrito genitor no se ha indicado que se hayan violados las garantías de libertad sindical o se haya presentado un cese ilegal de actividades, en cuyo caso dichos premisas deberían ser conocidas a través de los procesos especiales correspondientes.

Adujo también el recurrente que, la empresa buscó la forma de despedir al trabajador debido que la se había llevado proceso de calificación ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Al respecto, se advierte por parte de la Sala de Decisión, en primer lugar que, este puntual aspecto fue excluido de la fijación del litigio y así también fue reiterado por la juez de instancia al momento de dictar la providencia, aspecto que en ningún momento fue cuestionado por la parte actora en las correspondientes etapas procesales; en segundo lugar, se tiene que, dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que, durante la vigencia de la relación laboral el actor haya sido objeto de calificación de pérdida de capacidad laboral; tampoco que hubiese sufrido accidente de trabajo o padeciera de enfermedad alguna y que ello fuera de conocimiento del empleador para el momento del finiquito contractual, que diera lugar a sostener que es destinatario de la estabilidad laboral a la que alude el artículo 26 de la Ley 361/97, y mucho menos que su contrato de trabajo haya sido terminado por estas causas y que conduzca a calificarlo como discriminatorio, puesto que, tal y como lo consideró la juez de conocimiento, la misma obedeció a las conductas descritas en la comunicación de fecha 10 de julio de 2019, sin que tal aseveración haya sido objeto de reparo por este extremo procesal, pues únicamente su apelación se erigió a demostrar la ineficacia del despido, más no al quebrantamiento de la sentencia por la inexistencia de una justa causa para que la empresa decidiera terminar el vínculo contractual.

Por todo lo anterior, no se acogen los argumentos esbozados por el apoderado de la parte actora y, por ello, se deberá confirmar la sentencia apelada.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo del demandante, como quiera que su recurso de alzada no prosperó.

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 proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá el 22 de abril de 2020, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

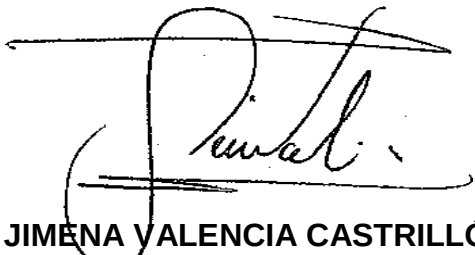
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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 parte demandante, la suma de \$580.000, para cada una de ellas.



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

RADICADO	11001310502120210019601
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	TERESA DE JESÚS ROJAS OSPINA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de mayo 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 **Teresa de Jesús Rojas Ospina** que se **declare** la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a través de la AFP Porvenir S.A., el 01 de febrero de 2020, por la omisión al deber de información en el que incurrió este fondo privado al momento en que se efectuó tal cambio de régimen; que se **declare** para todos los efectos legales que jamás se trasladó al RAIS y que siempre estuvo afiliada al RPM. En consecuencia, que se **ordene** a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses, tal y como dispone el artículo 1746 del Código Civil, junto con los rendimientos que hubieran causado y los gastos de administración. Solicita también que se ordene a Colpensiones a reactivar su afiliación y a corregir su historia laboral. Finalmente; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 8- 20, archivo 01. carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló que nació el 29 de septiembre de 1961; que desde noviembre de 1994, empezó a cotizar al ISS hoy Colpensiones, que, en el año 1999, un asesor comercial de Porvenir S.A. le informó que se podría pensionar a cualquier edad, que podría obtener una mesada pensional superior a la que recibiría en el entonces ISS; que esta última entidad entraría en liquidación por lo que solo los fondos privados iban a poder responder por las pensiones, de manera que sus aportes, de permanecer en el RPM estarían peligrando. Afirmó que, partiendo de la buena fe de la AFP, en diciembre de 1999, efectuó el traslado del RPM a RAIS administrado por Porvenir S.A.; que el 19 de febrero de 2020, Porvenir S.A. emitió una simulación pensional que indicaba que para cuando cumpliera 60 años, su mesada ascendería \$877.803, lo que correspondía solo al 33% de su ingreso base de cotización, mientras que en Colpensiones podría aspirar a una mesada de \$1.600.000.

Mencionó que, el 15 y 17 de marzo de 2021, presentó ante Colpensiones y Porvenir S.A. respectivamente, solicitudes de nulidad de traslado y retorno al RAIS, las cuales fueron contestadas de manera negativa por ambas entidades.0

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f° 3 - 43 archivo 05, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante nació el 29 de septiembre de 1961; que se afilió al ISS desde noviembre de 1994, y que el 15 de marzo de 2021, presentó una solicitud de retorno al RPM administrado por Colpensiones, la cual fue negada por esta entidad por no ser viable dada su edad. Frente a los demás hechos, indicó que no le constan.

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

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (f° 1 a 29 archivo 12, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante nació el 29 de septiembre de 1961; que esta elevó solicitud

de nulidad de traslado ante Porvenir S.A. el 17 de marzo de 2021, la cual fue contestada por esta entidad el 21 de abril del mismo año de manera negativa.

Como excepciones de mérito, propuso 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 Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 05 de septiembre 2022 (archivo 18 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora TERESA DE JESÚS ROJAS OSPINA al régimen de ahorro individual el 21 DE DICIEMBRE DE 1.999, con fecha de efectividad a partir del 1° DE FEBRERO DE 2.000 por intermedio de 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 la cuenta de ahorro individual de la señora TERESA DE JESÚS ROJAS OSPINA. 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 la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES, conforme a lo motivado.

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

Para **fundamentar su decisión**, determinó que dentro del proceso se encontraba demostrado que la demandante estuvo afiliada al ISS desde el 09 de noviembre de 1994, hasta el 31 de enero del año 2000, donde cotizó un total de 221,29 semanas; que posteriormente, el 21 de diciembre de 1999, realizó traslado a Porvenir S.A. con fecha de efectividad del 01 de febrero del año 2000, en donde sigue afiliada.

Sostuvo que, de acuerdo con la línea jurisprudencial trazada por la Corte Suprema de Justicia desde el año 2008, recogida en sentencias recientes CSJ-SL4062 de 2021 y SL 1500 de 2022, en armonía del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la decisión de trasladarse de régimen debe ser libre y voluntaria, lo que presupone que el afiliado debe contar con un conocimiento de las implicaciones del traslado, es decir, debe contar con una información suficiente sobre las consecuencias de un acto de esta índole.

Destacó que, la Corte Suprema de Justicia ha determinado que cuando se trata de traslados entre regímenes pensionales, las entidades encargadas de su dirección deben garantizar el acceso a los afiliados a una información completa y transparente, que les permita elegir entre las distintas opciones posibles que hay en el mercado, la que mejor se ajuste a sus intereses. Indicó que, para ello, es necesario poner en conocimiento de los trabajadores las características, condiciones y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, resaltando también las desventajas, así como las consecuencias jurídicas de un traslado, de modo conozcan con exactitud cómo funcionan tanto el RPM como el RAIS. Lo anterior, en razón a que a los fondos de pensiones se les han encomendado importantes intereses sociales, como los de la protección de la vejez, la invalidez y la muerte.

Arguyó que, de conformidad con los pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las instituciones financieras, en este caso, las administradoras de fondos de pensiones, son las expertas y las que cuentan con personal especializado y técnico en la legislación, el cálculo, revisión de requisitos y demás aspectos relacionados con los derechos pensiones, lo que las ubica en una posición de ventaja o superioridad frente a los afiliados, quienes, se enfrentan a un escenario que de por sí es complejo, sumado a las barreras educativas, del lenguaje, de profesión o socioeconómicas, se encuentran en un plano de desigualdad, sometidos a la información que decidan trasladar estas entidades. Expuso el Despacho que, por ello, para requilibrar tal desigualdad, se les impone a las administradoras de pensiones la obligación suministrar una debida información a sus afiliados durante toda la relación de afiliación y, especialmente, previo al acto de cambio de régimen.

Respecto de la carga de la prueba, sostuvo que esta estaba en cabeza de los fondos de pensiones, conforme lo dispuesto en el artículo 1604 del Código Civil, por cuanto la demostración de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, es decir, a quien ofrece el servicio, pues este es el experto en la materia y de acuerdo con el artículo 167 del CGP, que estipula que las negaciones indefinidas no requieren

prueba, correspondiéndole probar el hecho positivo a la parte contraria; que con los comunicados de prensa allegados al plenario, tampoco se podía acreditar que al momento del traslado se le haya dado actor una información concreta clara y oportuna.

Indicó que, si bien el formulario de afiliación fue firmado de manera libre por la parte demandante, lo cierto era que con este no se acredita el deber de brindar una información suficiente, clara, comprensible y oportuna de abandonar el esquema del régimen de prima media y sus posibles consecuencias. Advirtió que no se puede entender satisfecho el deber de información con la simple firma de un formulario, debido a que a las AFP les asiste el deber de documentar que se brindó información clara y sucinta los efectos que traía el cambio de régimen, debido a que el deber de información surge desde el momento mismo de la creación de las AFP.

Advirtió que, del interrogatorio de parte absuelto por la demandante se avizoraban confusiones y desconocimientos acerca del RAIS, por lo que no se podía colegir que al momento de traslado de régimen se le informó de manera clara y oportuna sobre los aspectos negativos y positivos, ventajas y desventajas de cada régimen pensional, así como aspectos relevantes como montos de la pensión, bono pensional, derecho de retracto, distribución del aporte, garantía de la pensión mínima, modalidades de pensión, entre otras.

Determinó que, con las pruebas obrantes en el expediente, no era posible establecer que Porvenir S.A. en el año **1999** le hubiese expuesto a la demandante las características, ventajas y desventajas objetivas de los regímenes vigentes, como tampoco las consecuencias jurídicas del traslado. Con base en lo expuesto, el A quo determinó que en razón a que las demandadas no cumplieron con la carga de prueba que les correspondía, debía declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante del año 1999.

Frente a la excepción de prescripción, señaló que, por disposición del artículo 48 de la Constitución Política la seguridad social es un derecho de carácter irrenunciable y que, conforme lo ha establecido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la declaración de ineficacia del traslado no está sometida al termino trienal, por corresponder a un asunto que está estrechamente ligado a la construcción de un derecho pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, en el que solicitó que se revocara en su integridad la sentencia de primera instancia argumentando que, en este caso no se logró establecer el incumplimiento del deber de información, pues, aunque era claro que la acreditación de tal prerrogativa estaba a cargo de la AFP, lo cierto era que obraba en el expediente un formulario de afiliación en el que se consignaba la información necesaria para efectuar válidamente el cambio de régimen. Destacó también que, con la decisión tomada por el Juez de primera instancia, se estaba generando una descapitalización del sistema pensional y se ponía en riesgo el acceso a la pensión de los afiliados que sí llevaban toda su vida laboral cotizando al RAIS. Finalmente, indicó que en evento de determinarse que la declaratoria de ineficacia debía mantenerse, se debía ordenar la devolución de todas las cotizaciones, los gastos de administración, las deducciones de seguros previsionales, de pensiones de garantías mínimas y en general todas las deducciones que se hubiesen efectuado.

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación, en el que solicitó que se revocara en su integridad la sentencia de primera instancia argumentando que la Juez no tuvo en cuenta que en este caso no existían razones fácticas o jurídicas que condujeran a la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, debido a que la decisión tomada por la parte actora se hizo de manera consciente y espontánea, pues la suscripción del formulario daba cuenta de la voluntad de afiliación. Destacó que el Juez no tuvo en cuenta que el formulario era un documento válido y suficiente para efectuar el traslado, máxime cuando había sido aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia. Adujo también que el interrogatorio de parte en este caso no es suficiente para dar por probado que no se hubiese dado la información suficiente, como quiera que la actora fue evasiva al dar respuesta a las preguntas formuladas por las demandadas.

Frente a la condena de reembolsar gastos de administración, cuestionó que no resultaba coherente que se declarara la ineficacia en unos sentidos y en otros no, como quiera que el efecto de dicha figura era que el negocio no se había celebrado jamás, en este sentido, se debía entender que los frutos dados o rendimientos generados por la gestión de Porvenir S.A. no se generaron, por lo que era procedente ordenar el reembolso de estos valores. Destacó también que, al ser los rendimientos financieros exclusivos del RAIS, ello significaría que no se generarían en el RPM, por lo que no deberían ser devueltos. Finalmente solicita que se desestime la condena en costas.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir S.A. y por 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 la demandante a través de la AFP Porvenir S.A., fue ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los todos aportes realizados por la actora en el RAIS, junto con los gastos de administración y demás deducciones.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora **Teresa de Jesús Rojas Ospina** nació el 29 de septiembre de 1961 (f°21 archivo 01 carpeta 1ª inst. exp. digital); **ii)** que se afilió al ISS desde el 09 de enero de 1994, hasta el 31 de enero de 2000, cotizando un total de 221,29 semanas (f°45 archivo 05 carpeta 1ª inst. exp. Digital); y **iii)** que el 21 de diciembre de 1999, solicitó el traslado al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Porvenir S.A., el cual se hizo efectivo a partir del **1° de febrero de 2000** (f.°97, archivo 12, carpeta 1ª inst. 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 SL1055-2022, en la que se expuso:

Pues bien, es menester recordar que la Corte ha precisado de manera pacífica y reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP 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, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464- 2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).

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).

Ahora bien, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993 se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, 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- y el parágrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: «*PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.*»

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 –**01 de febrero 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 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, 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); 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. Sobre el particular, cabe traer a colación lo establecido por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia SL1729-2022:

Ahora bien, y contrario a lo afirmado por el ad quem, las alusiones y afirmaciones que giran en torno a la profesión de la demandante no tienen asidero en este tipo de controversias, pues, como ha sido reseñado por esta Sala, ni aun trabajando en el sector, los profesionales financieros tienen el conocimiento, la experiencia y la comprensión sobre el sistema pensional, y a partir de ello no podría colegirse que se excluya del deber del fondo de pensiones la obligación de brindar información sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, y las consecuencias del traslado (CSJ SL3349-2021).

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

resulta necesario disponer que la AFP traslade a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocrinó:

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

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello fue ordenado por el juez de primer nivel, se confirmará la decisión de primer grado.

Ahora, no queda duda alguna que dichos valores deben ser indexados, como quiera que, por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta pérdida, de otro lado, pese a que la

cuenta de ahorro individual de la actora generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación

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 como tampoco las consecuencias económicas que esta declaración se derivan (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

Se condenará en costas y agencias en derecho de segunda instancia a Colpensiones y Porvenir S.A., por no haber prosperado el recurso formulado en contra de la sentencia de primera 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 de la sentencia proferida por el **Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C.**, el 05 de septiembre de 2022, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones y de Porvenir S.A., la suma de \$1.160.000, 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

RADICADO	11001310502120210040201
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	CAYETANO CHÁVEZ HERNÁNDEZ
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de mayo 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 **Cayetano Chávez Hernández** que 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 Porvenir S.A., por la omisión al deber de información en el que incurrió este fondo privado al momento en que se efectuó tal cambio de régimen; que se **declare** que su afiliación al RPM siempre se mantuvo vigente sin solución de continuidad. En consecuencia, que se **condene** a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses y los gastos de administración; que se condene a Colpensiones a reactivar su afiliación y a corregir su historia laboral; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº 6 - 14, archivo 01 carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló que nació el 01 de junio de 1955; que prestó sus servicios

al Ministerio de Defensa del 13 de enero de 1976, al 16 de julio de 1980 y al Ejército Nacional desde enero del 1986, al 30 de julio de 1986. Afirmó que estuvo afiliado al ISS hoy Colpensiones desde el 21 de agosto 1994, al 31 de diciembre del mismo año, contando con un total de 17,57 semanas en el RPM. Indicó que se trasladó al RAIS administrado por Porvenir S.A. el 17 de enero de 2004, sin que el asesor de esta entidad le diera una información clara, cierta, oportuna y suficiente sobre las consecuencias jurídicas que tendría tal acto, como tampoco sobre las características, ventajas y desventajas de afiliarse al RAIS. Destacó que, tampoco le hicieron una proyección de su pensión al momento del traslado, pero que sí le aseguraron que su mesada pensional sería superior en ese régimen y que también que el ISS desaparecería por lo que su ahorro estaría más seguro en Porvenir S.A., de modo que no recibió una asesoría adecuada y suficiente, por el contrario, fue víctima de engaño, tergiversación y ocultamiento de información por parte de los asesores de la mentada AFP.

Adujo que, el 15 de abril de 2021, presentó ante Porvenir S.A. y Colpensiones solicitudes de tener como ineficaz su traslado al RAIS, las cuales fueron contestadas de manera desfavorable por ambas entidades.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f° 3 - 41 archivo 06, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el demandante nació el 01 de junio de 1955; que cotizó a Colpensiones entre el 31 de julio y el 31 de diciembre de 1994, registrando un total de 17,57 semanas; que el 5 de abril de 2021, presentó una solicitud de ineficacia del traslado al RAIS con retorno al RPM administrado por Colpensiones, la cual fue negada por esta entidad por no ser viable dada su edad. Frente a los demás hechos indicó no constarle.

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

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (f° 1 a 29 archivo 12, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos,

aceptó que el demandante nació el 01 de junio de 1955; que se trasladó a Porvenir S.A. a través del diligenciamiento de formulario del 17 de noviembre de 2004; que para septiembre de 2020, contaba con 782 semanas cotizadas al RAIS con Porvenir S.A.; que el actor elevó solicitud de nulidad de traslado ante Porvenir S.A. el 15 de abril de 2021, la cual fue contestada por esta entidad de manera negativa y mediante oficio 104 manifestó no contar con soportes documentales de la asesoría dada al demandante, debido a que ello se hacía de forma verbal.

Como excepciones de mérito propuso 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 Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 29 de julio de 2020 (archivo 25 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor CAYETANO CHÁVEZ HERNÁNDEZ al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuada el 17 de noviembre de 2004, con fecha de efectividad a partir del 1° de enero de 2005, por intermedio de 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 la cuenta de ahorro individual del señor CAYETANO CHÁVEZ HERNÁNDEZ. 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 la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por PORVENIR y COLPENSIONES, conforme a lo motivado. QUINTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

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

Para **fundamentar su decisión**, determinó como premisas fácticas que dentro del proceso se encontraba demostrado que el demandante estuvo afiliado al RPM con el ISS desde el 31 de agosto de 1994, al 31 de diciembre del mismo año, donde cotizó un total de 17,57 semanas; que tuvo unas vinculaciones anteriores a esas fechas en el Ministerio de Defensa Nacional; que posteriormente, efectúa un traslado a Porvenir S.A. que se hizo el 17 de noviembre de 2004, con fecha de efectividad del 01 de enero de 2005; que el demandante sigue afiliado al RAIS con Porvenir S.A.; que de conformidad con historia laboral del 08 de diciembre de 2021, el actor cuenta con 1079 semanas a pensión.

Sostuvo que, de acuerdo con la línea jurisprudencial trazada por la Corte Suprema de Justicia desde el año 2008, recogida en sentencias recientes CSJ-SL4052 de 2019 y SL 688 de 2019, en armonía del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la decisión de trasladarse de régimen debe ser libre y voluntaria, lo que presupone que el afiliado debe contar con un conocimiento de las implicaciones del traslado, es decir, debe contar con una información suficiente sobre las consecuencias de un acto de esta índole.

Manifestó que, desde su creación se exigía a las administradoras el cumplimiento al deber de información que, en voces de la Corte, consistía en la ilustración de las características, condiciones, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que significaba que, al afiliado, por lo menos de manera general, pero clara y precisa, debía explicársele el funcionamiento de cada uno y hacérsele una comparación para que éste entendiese cuáles eran los requisitos para pensionarse, cuáles eran las modalidades pensionales existentes con el fin de que pudiese optar por el régimen que bajo su juicio le resultara más favorable teniendo en cuenta sus condiciones personales y laborales.

Destacó que, cuando se trata de traslados entre regímenes pensionales, las entidades encargadas de su dirección deben garantizar el acceso a los afiliados a una información completa y transparente, que les permita elegir entre las distintas opciones posibles que hay en el mercado, la que mejor se ajuste a sus intereses. Indicó que, para ello, es necesario poner en conocimiento de los trabajadores las características, condiciones y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, resaltando también las desventajas, así como las consecuencias jurídicas de un traslado, de modo conozcan con exactitud cómo funcionan tanto el RPM como el RAIS.

Indicó que, el formulario que obraba en el expediente, si bien denota la existencia de un consentimiento, ello no el cumplimiento del deber de brindar una información suficiente, clara, comprensible y oportuna de abandonar el esquema del régimen de prima media y sus posibles consecuencias. Advirtió que no se puede entender satisfecho el deber de información con la simple firma de un formulario, debido a que a las AFP les asiste el deber de documentar que se brindó información clara y sucinta los efectos que traía el cambio de régimen, debido a que el deber de información surge desde el momento mismo de la creación de las AFP.

Respecto de la carga de la prueba, sostuvo que esta estaba en cabeza de los fondos de pensiones, conforme lo dispuesto en el artículo 1604 del Código Civil, por cuanto la demostración de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, es decir, a quien ofrece el servicio, pues este es el experto en la materia y de acuerdo con el artículo 167 del CGP, que estipula que las negaciones indefinidas no requieren prueba, correspondiéndole probar el hecho positivo a la parte contraria; que con los comunicados de prensa allegados al plenario, tampoco se podía acreditar que al momento del traslado se le haya dado actor una información concreta clara y oportuna.

Advirtió que, en el interrogatorio de parte absuelto, el demandante declaró que recibió información sobre la existencia de unos rendimientos financieros y de una cuenta de ahorro individual, lo cual, aunque denotaba un conocimiento sobre algunas de las características del RAIS, lo cierto era que a su vez demostró desconocimiento sobre aspectos fundamentales como por ejemplo la forma en se adquiere la pensión en este régimen, el derecho de retracto, la garantía de pensión mínima y tampoco se demostró que se le hubiesen expuesto las características del RPM. Determinó entonces que, bajo estos parámetros, el demandante al momento del traslado no tuvo la información suficiente para abandonar el PRM y afiliarse al RAIS, como quiera que no comprendía la trascendencia o implicaciones de tal acto. Dijo que, con los comunicados de prensa aportados con la contestación de Porvenir S.A. no cumplían tampoco con el deber de información debido a que contenían datos generales que no se ajustaban al caso particular del demandante y que el hecho de que actor hubiese permanecido en el RAIS un tiempo considerable no puede tenerse como una subsanación de la ineficacia inicial.

Determinó que, con las pruebas obrantes en el expediente, no era posible establecer que Porvenir S.A. en el año **2004**, le hubiese expuesto al demandante las características, ventajas y desventajas objetivas de los regímenes vigentes, como

tampoco las consecuencias jurídicas del traslado. Con base en lo expuesto, el A quo determinó que en razón a que las demandadas no cumplieron con la carga de prueba que les correspondía, debía declararse la ineficacia de la afiliación del demandante del año 2004, de manera se deberán hacer las devoluciones respectivas como si tal acto nunca se hubiese efectuado.

Frente a la excepción de prescripción, señaló que, por disposición del artículo 48 de la Constitución Política la seguridad social es un derecho de carácter irrenunciable y que, conforme lo ha establecido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la declaración de ineficacia del traslado no está sometida al termino trienal, por corresponder a un asunto que está estrechamente ligado a la construcción de un derecho pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, en el que solicitó que se revocara en su integridad la sentencia de primera instancia argumentando que en este caso no se logró establecer el incumplimiento del deber de información, pues en el interrogatorio quedó demostrado que el demandante sí conocía el funcionamiento del RAIS. Manifestó que, la Juez no efectuó ningún análisis sobre la negligencia del demandante en tanto no atendió sus obligaciones como consumidor financiero, desconociendo que tenía la función de informarse sobre el funcionamiento del régimen y las características del mismo.

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación, en el que solicitó que se revocara en su integridad la sentencia de primera instancia argumentando que la Juez no tuvo en cuenta que en este caso no existían razones fácticas o jurídicas que condujeran a la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, debido a que la decisión tomada por la parte actora se hizo de manera voluntaria, libre y consciente, toda vez que el demandante recibió una asesoría verbal por parte de los asesores de Porvenir S.A., donde se le entregó la información necesaria y suficientes sobre las características del RAIS, de manera que se dio el cumplimiento a lo señalado por el Decreto 663 de 1993, así como la Ley 100 de 1993, y las normas reglamentarias. Cuestionó que era errado entender que la suscripción del formulario no era un medio probatorio para demostrar la voluntad libre y consiente, toda vez que era a través de dichos formularios que se cumplían con el deber de información, tal y como lo exigía la legislación de la época y que Porvenir S.A. actuó partiendo de la buena fe. Destacó además que el actor no estaba exonerado de actuar de manera diligente e informarse sobre el funcionamiento del régimen pensional al que se iba a afiliar.

Frente a la condena de reembolsar gastos de administración, indicó que se debía revocar como quiera que esas sumas no podían ser reintegradas debido a que las mismas ya se habían causado por las actuaciones desplegadas por Porvenir S.A. que fueron las que dieron origen a los rendimientos generados a la cuenta del demandante. Destacó que la misma Ley 100 de 1933, ha habilitado a Colpensiones para descontar el 3% por concepto de gastos de administración y, que de manera que incluso de no haberse efectuado el traslado, en el RPM también se hubiese generado esa deducción. Finalmente, respecto de la devolución de las primas de seguro previsionales, indicó que tampoco podían reembolsarse debido a que las mismas ya fueron trasladadas a la aseguradora, entidades estas que dieron las coberturas por lo que el objeto de tales emolumentos ya fue causado.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir S.A. y por 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 S.A., fue ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los todos aportes realizados por el actor en el RAIS, junto con los gastos de administración y demás deducciones.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor Cayetano Chávez Hernández nació el 01 de junio de 1955 (f°15 archivo 01 carpeta 1ª inst. exp. digital); **ii)** que se afilió al ISS desde el 31 de agosto de 1994, hasta el 31 de diciembre del igual año, cotizando 17,57 semanas (f°43 archivo 06 – f°27 archivo 07 carpeta 1ª inst. exp. Digital); y **iii)** que el 17 de noviembre de 2004, solicitó el traslado al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Porvenir S.A., el cual se hizo efectivo a partir del **1° de enero de 2005** (°27 archivo 07 carpeta 1ª inst. 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 SL1055-2022, en la que se expuso:

Pues bien, es menester recordar que la Corte ha precisado de manera pacífica y reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP 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, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464- 2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).

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).

Ahora bien, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993 se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, 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- y el parágrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: *«PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.»*

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 –**01 de enero de 2005**–, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003–, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Porvenir 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, 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 punto y como se puede dilucidar de lo dicho hasta el momento, frente al reparo formulado por Porvenir S.A. según el cual para la fecha en que el demandante llevó a cabo el traslado al RAIS no le era exigible a esta administradora suministrar la información con el detalle que se requiere, esta Sala indica que no está llamado a prosperar, pues, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993 se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, 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- y el párrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: «*PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.*

Por otro lado, con relación los reparos efectuados por Porvenir S.A. y por Colpensiones según los cuales el demandante confesó que había recibido una información completa al realizar el traslado, encuentra esta Sala que después de revisar en detalle tal medio de prueba, se concluye que en modo alguno el demandante realizó tal afirmación; por el contrario, lo que él indicó fue haber recibido una información sobre algunas de las características del RAIS, tales como que en ese régimen los afiliados pueden recibir rendimientos financieros y que poseen una cuenta de ahorro individual, pero nada mencionó sobre las implicaciones del traslado, sobre las diferencias con el RPM, sobre los riesgos o desventajas de pertenecer al RAIS y mucho menos acerca de los requisitos para acceder a las prestaciones económicas que ofrecía ese régimen, por lo que no puede entenderse cumplido el deber de información a cargo de Porvenir S.A. En consecuencia, tales reparos no tiene vocación de prosperidad alguna.

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. Sobre el particular, cabe traer a colación lo establecido por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia SL1729-2022:

Ahora bien, y contrario a lo afirmado por el ad quem, las alusiones y afirmaciones que giran en torno a la profesión de la demandante no tienen asidero en este tipo de controversias, pues, como ha sido reseñado por esta Sala, ni aun trabajando en el sector, los profesionales financieros tienen el conocimiento, la experiencia y la comprensión sobre el sistema pensional, y a partir de ello no podría colegirse que se excluya del deber del fondo de pensiones la obligación de brindar información sobre

las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, y las consecuencias del traslado (CSJ SL3349-2021).

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

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

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello fue ordenado por el juez de primer nivel, se confirmará la decisión de primer grado.

Ahora, no queda duda alguna que dichos valores deben ser indexados, como quiera que, por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta pérdida, de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual del actor generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación

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

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 como tampoco las consecuencias económicas que esta declaración se derivan (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

Se condenará en costas y agencias en derecho de segunda instancia a Colpensiones y a Porvenir S.A., por no haber prosperado el recurso formulado en contra de la sentencia de primera instancia.

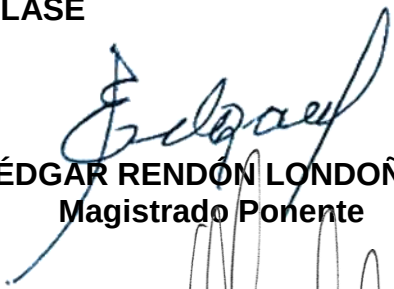
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR de la sentencia proferida por el **Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C.**, el 29 de julio de 2022, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas **COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones y de Porvenir S.A., la suma de \$1.160.000.



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

RADICADO	11001310502220180058201
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	OSWALDO TORRES MENDIVELSO
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - BANCO DE BOGOTÁ S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de mayo 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 **Oswaldo Torres Mendivelso** que 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 Porvenir S.A., por la omisión al deber de información en el que incurrió este fondo privado al momento en que se efectuó tal cambio de régimen; que se declare que cotizó en el ISS desde el 20 de abril de 1978, al 31 de julio de 1998, contando con un total de 920,71; que se declare que no aparece registro de sus cotizaciones durante el período laborado en el Banco de Bogotá S.A. entre el 02 de julio de 1990, y el 31 de enero de 1993. Pretende que se ordene a Colpensiones activar su afiliación al RPM y que se **declare** que su afiliación al RPM siempre se mantuvo vigente sin solución de continuidad. En consecuencia, que se **condene** a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses y los gastos de administración, junto con los rendimientos causados y a su vez, se ordene a Colpensiones tramitar el recaudo de estos dineros; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 44 - 73, archivo 01 carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló que nació el 01 de octubre de 1960; que cotizó ante el ISS desde el 20 de abril de 1978, hasta el 31 de julio de 1998, contando con un total de 920,71 semanas. Afirmó que, laboró de forma continua al Banco de Bogotá S.A. desde el 20 de abril de 1978, hasta la fecha de la presentación de la demanda; que en la historia laboral de Colpensiones no figuraba registro del período trabajando en tal Banco correspondiente al 02 de julio de 1990, y el 31 de enero de 1993. Indicó que, fue trasladado a Porvenir S.A., entidad en la que efectuó la primera cotización en el mes de agosto de 1998, y que al momento del cambio de régimen la AFP no le dio una información suficiente que le permitiera conocer los requisitos para obtener las prestaciones económicas a las que podría tener derecho, como tampoco se le efectuó una proyección pensional que evidenciara la diferencia entre las mesadas que obtendría en cada régimen. Arguyó que, la AFP Porvenir S.A. atentó contra su buena fe y omitió indicarle los aspectos negativos o las implicaciones del traslado y en general, no le expuso una información clara, completa y cierta acerca de las consecuencias del acto de cambio de régimen.

Finalmente, destacó que el día 26 de junio de 2018, presentó solicitudes de nulidad del traslado ante Colpensiones y Porvenir S.A. las cuales fueron despachadas desfavorablemente por ambas entidades.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (f° 136 a 162 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que previo al traslado, al demandante no se le efectuaron proyecciones pensionales debido a que para esa fecha era imposible hacerlo. Finalmente, indicó que era cierto que el demandante el día 26 de junio de 2018, presentó solicitud de nulidad del traslado ante Porvenir S.A. la cual fue despachada desfavorablemente. Respecto a los demás hechos, indicó que no eran ciertos o que no le constaban.

Como excepciones de mérito, propuso 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 y la innominada o genérica.

COLPENSIONES contestó (fº 83 - 111 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el demandante nació el 01 de octubre de 1960; que cotizó al ISS hoy Colpensiones del 20 de abril de 1978, hasta el 01 de julio de 1998, registrando un total de 920,71 semanas; que no figuraba registro de las cotizaciones de períodos laborados en el Banco de Bogotá S.A. comprendidos entre el 02 de julio de 1990, y el 31 de enero de 1993; que Colpensiones guardó silencio en el acto del traslado al RAIS, como quiera que no tuvo injerencia en el mismo; que el día 26 de junio de 2018 el demandante presentó solicitudes de nulidad del traslado ante Colpensiones y Porvenir S.A. las cuales fueron despachadas desfavorablemente por ambas entidades. Frente a los demás hechos, indicó no constarle.

Como excepciones de mérito propuso las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

Esta entidad, solicitó en el escrito de contestación, la vinculación del **Banco de Bogotá S.A.** como litisconsorcio necesario, argumentando que el demandante omitió citarlo a pesar de que tenía interés directo en el litigio en razón a que, según se afirmaba en la demanda, ese Banco como empleador no efectuó cotizaciones al sistema de pensiones durante el período comprendido entre el 02 de julio de 1990, y el 31 de enero de 1993. Esta integración fue ordenada por la Juez de primera instancia en decisión notificada por estrados el 13 de octubre de 2020, al interior de la audiencia inicial que tuvo lugar en esa fecha.

BANCO DE BOGOTÁ S.A. contestó (fº 15 - 29 archivo 10, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el demandante nació el 01 de octubre de 1960; que desde el 24 de octubre de 1978, a la fecha éste ha estado vinculado con el Banco a través de contrato de trabajo a término indefinido; que el día 26 de junio de 2018, el actora presentó solicitudes de nulidad del traslado ante Colpensiones y Porvenir S.A. las cuales fueron despachadas desfavorablemente por ambas entidades. Frente a los demás hechos indicó no constarles o que no eran ciertos.

Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de obligaciones, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, cobro de lo no debido, innominada o genérica, falta de título, causa y compensación.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 14 de septiembre de 2022 (archivo 24 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por la señora OSWALDO TORRES MENDIVELSO identificado con C.C. No. 19.412.308, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 23 de julio de 1998. 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 en el que se encuentran los aportes del actor, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, el saldo existente en la cuenta de Juez: Claudia Constanza Quintana Celis Secretario: Nini Johanna Villa Huergo 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: 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.

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

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES que en un término no mayor a un mes realice el cálculo actuarial de los aportes omisos por el BANCO DE BOGOTÁ del afiliado OSWALDO TORRES MENDIVELSO de los tiempos desde el 02 de julio de 1990 al 30 de enero de 1993, en los términos señalados en la parte considerativa del presente proveído.

SEXTO: CONDENAR a la demandada BANCO DE BOGOTÁ, a trasladar, con base en el cálculo actuarial elaborado y actualizado por COLPENSIONES, la suma correspondiente para cubrir las cotizaciones de los periodos comprendidos desde el 02 de julio de 1990 al 30 de enero de 1993, en los términos antes señalados.

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

OCTAVO: CONDENAR en costas a las demandadas PORVENIR S.A, COLPENSIONES, y BANCO DE BOGOTÁ S.A. Fíjese como agencias en derecho para cada uno la suma de \$1 S.M.L.M.V.

Para fundamentar su decisión, sostuvo que conforme lo establecido en el literal b) del artículo 13 y el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, la selección de régimen pensional debía ser libre y voluntaria por parte del afiliado, y que, a su vez, el artículo 271 del mismo cuerpo normativo, dispuso que si cualquier persona natural o jurídica limitaba o atentaba contra el derecho de la libre elección de régimen pensional, la afiliación del trabajador quedaría sin efecto. Destacó también que el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, en consonancia con apoyo en la sentencia SL1688-2019 de la CSJ, consagraba que las

administradoras de fondos de pensiones desde su fundación estaba obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

Destacó que, de conformidad con el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, las administradoras de fondos de pensiones privados estaban obligadas a prestar todos los servicios inherentes a esa calidad y que, en ese sentido, eran responsables de los perjuicios que por su culpa leve se les generaran a sus afiliados. Arguyó que, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, previó que los promotores que empleasen las sociedad administradoras, al momento de la promoción de la afiliación y durante la misma, debían trasladar a los afiliados una información suficiente, amplia y oportuna. Advirtió que estas normas estaban vigentes al momento en que se efectuó el cambio de régimen pensional del actor.

Indicó que, tal y como ha sido expuesto en la sentencia SL34642-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada, era la ineficacia, pues, el acto del cambio de régimen, no se restringía a una simple manifestación de voluntad, sino que debía estar ajustado a los parámetros de la libertad informada, la cual no se superaba con el simple diligenciamiento de un formulario con una cláusula genérica, pues el asunto requería contar con elementos de juicio suficiente para entender las consecuencias de la decisión. Destacó que la firma del formulario a lo sumo, acreditaba un consentimiento libre de vicios, pero no informado; que dicho deber de información, según la regla jurisprudencial descrita de acuerdo a la época en que se efectuó el traslado, incluía la ilustración de las características, condiciones, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, de manera que el afiliado conociera la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de los beneficios pensionales. Igualmente, afirmó que se requería de un análisis calificado de los antecedentes del afiliado y 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 le convenía y, por tanto, lo que podría perjudicarlo.

Respecto de la carga de la prueba, sostuvo en estos casos se invertía quedando en cabeza de los fondos de pensiones, conforme lo dispuesto en el artículo 1604 del Código Civil, por cuanto la demostración de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, es decir, a quien ofrecía el servicio, pues este era el experto en la materia. Sostuvo que, conforme la historia laboral y formulario de afiliación se acreditaba que la promotora realizó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual; que a pesar de lo anterior, el fondo demandado incumplió el deber que me impone el artículo 167 del CGP, pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones,

beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, entre otros aspectos.

Señaló que, del interrogatorio de parte practicado al demandante no se extraía confesión alguna, pues sus declaraciones relacionadas con haber recibido advertencias sobre la desaparición del ISS o sobre que tendría una mesada pensional mayor, no podían tenerse como una información completa, veraz y oportuna de las características de un régimen pensional, en armonía con las condiciones particulares del demandante. Determinó entonces debía declararse la ineficacia del traslado efectuado por el acto.

Respecto de la excepción de prescripción, la declaró no probada la excepción de prescripción, pues a su juicio, la controversia pensional se encuentra asociada a un derecho fundamental, por lo tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo.

En **cuanto a los tiempos omisos de cotización**, advirtió que se encontraba probado con certificación laboral expedida por el Banco de Bogotá S.A. que el demandante había estado vinculado laboralmente con esta entidad a través de un contrato de trabajo a término indefinido desde el día 24 de octubre de 1978, y hasta la fecha, cuestión que también fue aceptada por el mentado Banco al contestar la demanda. Adujo que de la historia unificada se observaban cotizaciones con el entonces Banco del Comercio S.A. (hoy Banco de Bogotá S.A.) a partir del 10 de abril de 1978, con registro de novedad de retiro del 01 de julio de 1990; que con posterioridad, se registró una novedad de afiliación el 01 de febrero de 1990, por parte del Banco de Bogotá S.A., lo que evidenciaba una ausencia de cotización durante el período comprendido entre el 02 de julio de 1990 y el 31 de enero de 1993.

Resaltó también que, después de revisar la prueba de oficio que decretó el Despacho a cargo del nombrado Banco en la que se le requirió el aporte de las plantillas de pago de las cotizaciones al ISS entre el 02 de julio de 1990, y el 01 de febrero de 1993, se halló que tales documentos no fueron allegados por el demandado, pues, por el contrario, lo que anexó fue un fragmento de la historia laboral expedida por Porvenir S.A. donde se mencionaban los tiempos que fueron cotizados en Colpensiones y se mostraba de un lado, una historia laboral identificada como *“Historia Laboral recordada por el afiliado en proceso de reconstrucción”* en la que se consignaban unas cotizaciones por el período en discusión, pero, por otro lado, se mostraba una historia laboral identificada como *“reportada por el sistema de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda”* en la que no se registraba cotización entre el 2 de julio de 1990 y el 01 de febrero de 1993. Concluyó que, el documento arrimado por el Banco de Bogotá resultaba inútil y que los aportes de los tiempos mencionados no fueron efectuados por tal entidad razón por la cual no existía bono pensional asociado a ese período. Por esta razón, condenó a pagar al Banco de Bogotá S.A. los aportes correspondientes al período en mención, debiendo trasladar a Colpensiones el valor

de cálculo que efectúe esta entidad, para lo cual indicó que debían tenerse en cuenta los valores los salarios que devengaba el actor para esos años.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, en el que solicitó que se revocara en su integridad la sentencia de primera instancia argumentando que la Juez omitió aplicar la prohibición legal que impedía al demandante trasladarse por la edad, norma que se encontraba vigente y que no contaba con excepciones previstas por el legislador. Indicó también que la declaratoria de ineficacia se sustentó en una supuesta falta del cumplimiento del deber de información de la AFP, cuestión que no fue probada y resaltó que lo que si se comprobó fue el actuar negligente del demandante al no haberse informado de las implicaciones del tal acto. Adujo que, la Juez no tuvo en cuenta que la real motivación para iniciar la acción judicial era la insatisfacción del demandante con su mesada pensional, cuestión que no era una justificación legal para nulitar o declarar ineficaz un traslado, máxime cuando al momento de realizar el cambio de régimen resultaba imposible efectuar una protección pensional. Finalmente, resaltó que, Colpensiones no debía asumir las consecuencias de actos jurídicos celebrados por terceros y que resultaba contradictorio que se le habilitara para cobrar perjuicios contra Porvenir S.A. y a reglón seguido se le condenara en costas.

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación, en el que solicitó que se revocara en su integridad la sentencia de primera instancia argumentando que no se probaron los requisitos legales para declarar una nulidad relativa o absoluta respecto del acto de traslado. Cuestionó que, la Juez no tuvo en cuenta que al demandante también le asistía el deber de estar informado sobre el traslado, de manera que tenía la obligación de entender las características del RAIS para tomar una decisión consciente e informada. Destacó que, en todo caso, Porvenir S.A. cumplió con el deber de trasladar la información necesaria, lo que se registró en el respectivo formulario de afiliación, documento que goza de autenticidad y que contiene una manifestación libre y espontánea del demandante.

Indicó que, el fondo garantizó el derecho de retracto del demandante a través de las publicaciones efectuadas por medios de amplia circulación como el periódico El Tiempo, sin que el demandante ejerciera tal facultad, lo que debía valorarse como una negligencia de su parte. Finalmente, alegó que la condena de indexar los valores de devolver era improcedente como quiera que la indexación tenía por finalidad la actualización de la moneda, pero en este caso, se había acreditado que los dineros de la cuenta del demandante no se habían devaluado, sino que por el contrario habían tenido rendimientos, por lo que no habría pérdida alguna debiese corregirse a través de la indexación.

BANCO DE BOGOTÁ S.A. interpuso recurso de apelación, en el que solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia argumentando que estaba acreditado que el Banco no había incurrido en omisión alguna respecto de la cotización del período de 01 de julio del 2000 al 31 de enero de 2003; que la Juez no tuvo en cuenta que en la historia laboral de Porvenir S.A. se registraba que en el ISS el demandante había cotizado 923 semanas, lo que implicaba que el período cuestionado si se había pagado, de manera que la Jueza está obligando al Banco a pagar nuevamente las cotizaciones del periodo nombrado, por lo que se debe revocar los numerales en que se ordena del cálculo actuarial.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir S.A., Banco de Bogotá S.A. y por 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 S.A., fue ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los todos aportes realizados por el actor en el RAIS, junto con los gastos de administración y demás deducciones. Deberá esta Sala también determinar si el Banco de Bogotá S.A., en su calidad de empleador, realizó las cotizaciones a seguridad social en pensiones correspondientes al período comprendido entre el 02 de julio de 2000, y el 31 de enero de 2003 y, de no haber sido así, establecer si es procedente ordenar el pago del valor que arroje el cálculo actuarial sobre los períodos omisos.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor Oswaldo Torres Mendivelso nació el 01 de octubre de 1960 (f°8 archivo 01 carpeta 1ª inst. exp. digital); **ii)** que se afilió al ISS desde el 20 de abril de 1978, hasta el 31 de julio de 1998, cotizando 920,71 semanas (f°113-116 archivo 02 – f°27 archivo 07 carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iii)** que 23 de julio de 1998 solicitó el traslado al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Porvenir S.A., el cual se hizo efectivo a partir del **1º de septiembre de 1998** (f°164 archivo 01 carpeta 1ª inst. exp. Digital), donde ha venido cotizando hasta la fecha; y **iv)** que desde **el 24 de octubre de 1978, a la fecha**, ha estado vinculado con el Banco de Bogotá S.A. a través de contrato de trabajo a término indefinido (f°29 archivo 10 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 SL1055-2022, en la que se expuso:

Pues bien, es menester recordar que la Corte ha precisado de manera pacífica y reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP 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, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464- 2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).

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).

Ahora bien, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993 se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, 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- y el párrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: *«PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.»*

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

Conforme lo anterior, la AFP 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, 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 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. Sobre el particular, cabe traer a colación lo establecido por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia SL1729-2022:

Ahora bien, y contrario a lo afirmado por el ad quem, las alusiones y afirmaciones que giran en torno a la profesión de la demandante no tienen asidero en este tipo de controversias, pues, como ha sido reseñado por esta Sala, ni aun trabajando en el sector, los profesionales financieros tienen el conocimiento, la experiencia y la comprensión sobre el sistema pensional, y a partir de ello no podría colegirse que se excluya del deber del fondo de pensiones la obligación de brindar información sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, y las consecuencias del traslado (CSJ SL3349-2021).

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

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

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello fue ordenado por el juez de primer nivel, se confirmará la decisión de primer grado con relación a este particular.

Ahora bien, no queda duda alguna que dichos valores deben ser indexados, como quiera que, por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta pérdida, de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual del actor generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación, **por lo que no le asiste razón a Porvenir S.A. en el reparo que formuló sobre el particular.**

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

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 como tampoco las consecuencias económicas que esta declaración se derivan (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.

PERÍODOS NO COTIZADOS

Con respecto al reparo formulado por el Banco de Bogotá S.A. según el cual esta sociedad cumplió con la obligación de efectuar las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones durante toda la relación laboral sostenida con el señor Oswaldo Torres Mendivelso, encuentra esta Sala que no está llamado a prosperar como quiera que, contrario a lo afirmado por el recurrente, no se halla prueba de que las cotizaciones correspondientes al período comprendido entre el 02 de julio de 1990 y el 31 de enero de 1993, se hubiesen pagado al entonces ISS.

Cabe rememorar que esta Corporación tuvo como hecho probado, por haberlo confesado así el Banco (f°29 archivo 10 carpeta 1ª inst. exp. Digital), que desde el 24 de octubre de 1978, el demandante se encuentra vinculado a través de un contrato laboral a término indefinido con esta sociedad; de manera que, no cabe duda sobre que le

correspondía a la misma cumplir con el pago de las cotizaciones del período cuya mora se reclama en este proceso judicial. Así lo ha previsto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencias SL2960-2022 y SL2452-2022, respectivamente:

Debe insistirse, de igual forma, en que la intención del sistema de seguridad social es la de integrar y solucionar financieramente las omisiones en la afiliación que se presentaron en el pasado, por cualquier causa (CSJ SL14388-2015), para garantizarle una protección adecuada y completa a los afiliados en sus contingencias, propósito para el cual no es relevante el hecho de que el contrato mantenga su vigencia en una determinada época, pues desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los empleadores mantenían la carga de la afiliación y, en subsidio de ello, de aprovisionamiento de los recursos necesarios para contribuir a la financiación de las pensiones. (subrayado fuera del texto original)

[...]

En efecto, bajo la égida de que no existía norma que regulara el pago de las cotizaciones en cabeza del empleador, en el período en que no existió cobertura del I.S.S., parece desconocerse que el trabajador no tenía por qué ver frustrado su derecho al desconocerse el periodo en el que realmente prestó el servicio, sin que sea viable gravarlo, ante la aparente orfandad legislativa a la que hace referencia a la sentencia, pues ciertamente esos lapsos tienen una incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional.

Pese a ello, en el expediente no obra documento alguno que dé cuenta del pago de los aportes de Seguridad Social en Pensiones durante esa temporalidad, de hecho, luego de revisar en detalle la historia laboral válida para bono pensional del demandante (f°29 archivo 10 carpeta 1ª inst. exp. Digital), se encuentra que el día 01 de julio de 1990, terminó la cotización en el Banco de Comercio S.A. – hoy Banco de Bogotá S.A. y sólo hasta el 01 de febrero de 1993, se registró novedad de ingreso con esta entidad:

NIT/PATRONAL		PATRONAL: 1006200066 (11 - FACTURACION CAN)			NOMBRE EMPLEADOR		BANCO DEL COMERCIO S A
Novedad	Fecha Desde	Fecha Hasta	SS	IVM	Salario	Errores/Observaciones	
LABORAL	24/10/1978	30/04/1979	S	S	\$ 4,410		
LABORAL	01/05/1979	31/03/1980	S	S	\$ 5,790		
LABORAL	01/04/1980	28/02/1983	S	S	\$ 9,480		
LABORAL	01/03/1983	29/02/1984	S	S	\$ 21,420		
LABORAL	01/03/1984	31/07/1985	S	S	\$ 39,310		
LABORAL	01/08/1985	28/02/1986	S	S	\$ 41,040		
LABORAL	01/03/1986	31/08/1986	S	S	\$ 47,370		
LABORAL	01/09/1986	28/02/1987	S	S	\$ 54,630		
LABORAL	01/03/1987	31/03/1988	S	S	\$ 61,950		
LABORAL	01/04/1988	31/07/1988	S	S	\$ 70,260		
LABORAL	01/08/1988	01/07/1990	S	S	\$ 79,290		
LABORAL	01/08/1989	01/07/1990	S	S	\$ 99,530		

NIT/PATRONAL		PATRONAL: 1006200113 (12 - SISTEMA ALA)			NOMBRE EMPLEADOR		BANCO DE BOGOTA
Novedad	Fecha Desde	Fecha Hasta	SS	IVM	Salario	Errores/Observaciones	
LABORAL	01/02/1993	28/02/1993	S	S	\$ 180,254	3814	
LABORAL	01/03/1993	31/03/1993	S	S	\$ 172,712	3814	

Tampoco se registra cotización alguna por ese período en la historia laboral expedida por Colpensiones:

1006200066	BANCO DEL COMERCIO S	24/10/1978	01/07/1990
1006200113	BANCO DE BOGOTA	01/02/1993	31/12/1994

Cabe resaltar además que, conforme fue advertido por la Juez de primera instancia, pese a que se ordenó al Banco de Bogotá S.A., mediante prueba de oficio, aportar las planillas o constancias de pago de los aportes al ISS correspondientes a los períodos en discusión, ello no fue allegado al plenario.

Ahora bien, sostuvo el recurrente que la Juez no tuvo en cuenta que en la historia laboral de Porvenir S.A. se registró que el demandante cotizó 923 semanas en Colpensiones, lo que implicaba que el período sobre el cual presuntamente no se efectuaron aportes, sí fue contabilizado. Al respecto, advierte esta Sala que no le asiste razón al Banco, debido a que el período laborado por el demandante en la entidad financiera, que debería aparecer registrado en la historia laboral de Colpensiones iba del 24 de octubre de 1978, al 31 de julio de 1998 (fecha en la que se trasladó al RAIS), lo que correspondería a un total de 1.031 semanas y no a 923, como lo sostiene el demandado. Además, se reitera que en la mentada historia laboral no existe registro de cotización por el tiempo comprendido entre 02 de julio de 1990, y el 31 de enero de 1993.

En consecuencia, advierte la Sala que las consideraciones del A quo fueron acertadas y, por tanto, se despachará desfavorablemente el recurso formulado por el Banco y se mantendrá incólume la decisión de primera instancia, incluida la orden de efectuar el pago de las cotizaciones de los períodos en mención, con base en el cálculo actuarial elaborado y actualizado por Colpensiones, por ser la forma en la que se subsana tal omisión.

COSTAS

En lo respecta al reparo formulado por la parte Colpensiones, encaminado que se revoque la condena en costas de primera instancia a esta entidad como quiera que no participó en el acto declarado ineficaz, advierte esta Sala que no le asiste razón al recurrente, pues de conformidad con el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso aplicable en materia laboral por analogía conforme a lo artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, esta condena debe ser impuesta a la parte vencida en el proceso, que en este caso, evidentemente, además de Porvenir S.A. y de Banco de Bogotá S.A., fue Colpensiones en tanto ninguna de las excepciones formuladas prosperó.

En esta línea, se condenará en costas y agencias en derecho de segunda instancia a Colpensiones, a Porvenir S.A. y al Banco de Bogotá S.A., por no haber prosperado el recurso formulado en contra de la sentencia de primera instancia.

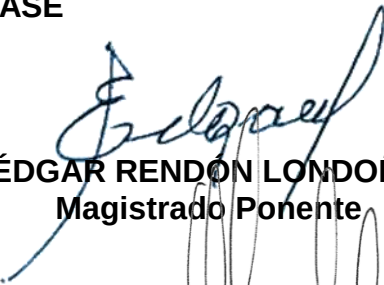
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR de la sentencia proferida por el **Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C.**, el 14 de septiembre de 2022, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, Banco de Bogotá S.A., y la Sociedad Administradora de Fondos De Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

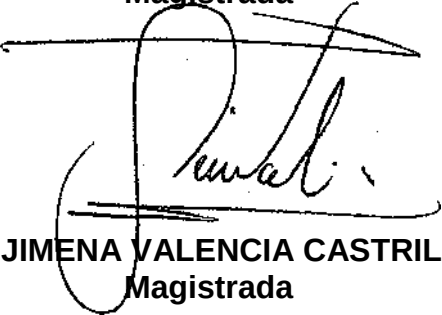
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



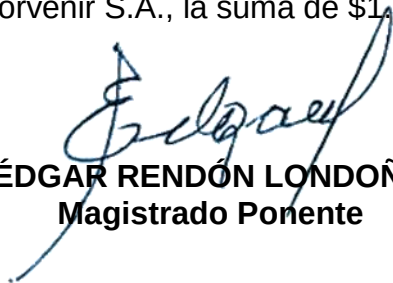
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones, Banco de Bogotá S.A. y de Porvenir S.A., la suma de \$1.160.000.



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

RADICADO	11001310502320200023802
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	LUIS ALFONSO RUIZ LOZANO
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - SKANDIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de mayo 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 **Luis Alfonso Ruiz Lozano** que se **declare** la nulidad 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 S.A., por la omisión del deber de información en el que incurrió este fondo privado al momento en que se efectuó tal cambio de régimen; que se declare que Porvenir S.A. debe trasladar todos los aportes junto con sus rendimientos a Colpensiones y que ésta última debe activar su afiliación. Como consecuencia de lo anterior, que se **condene** a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de su afiliación, junto con los rendimientos causados; que se ordene a Colpensiones tramitar el recaudo de estos dineros; que se **condene** a las demandadas al reconocimiento, liquidación y pago de derechos de resulten probados en uso de las facultades ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 01 carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló que nació el 10 de enero de 1962; que desde el 01 de julio de 1982, cotizó al RPM administrado por el ISS hoy Colpensiones, que mediante solicitud de afiliación de 31 de octubre de 1995, se trasladó al RIAS con Porvenir S.A. con efectividad del 01 de noviembre de 1995; que el 01 de agosto de 2010, se trasladó a la AFP Skandia S.A. donde estuvo afiliado hasta el 31 de mayo de 2011; que posteriormente, en junio de 2011, Skandia S.A. trasladó todos sus aportes a Porvenir S.A., por lo que su cuenta en aquella AFP no tenía saldo alguno. Mencionó que en el año 1995, un asesor de Porvenir S.A. visitó su lugar de trabajo y que le indicó que debía trasladar sus aportes a esa AFP debido a que el ISS sería liquidado por lo que sus aportes estarían en riesgo, que su mesada pensional sería superior de permanecer en el RAIS, que ese asesor no desplegó ninguna actividad de asesoramiento transparente y responsable a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva sobre las consecuencias del traslado y mucho menos efectuó una proyección pensional.

Resaltó que, el 27 de mayo de 2020, presentó solicitud a Porvenir S.A. encaminada a obtener los documentos en los que constara la asesoría y que, sólo se le entregó el formulario acompañado de una proyección pensional; que, posteriormente, radicó petición a esta entidad a efectos de que se tuviera como nula su afiliación y se ordenara su retorno a Colpensiones, la cual fue despachada desfavorablemente. Manifestó que, en igual sentido presentó solicitud de nulidad de traslado y afiliación ante Colpensiones, la cual también fue negada por esta entidad. Destacó que, de conformidad con la proyección pensional efectuada por Porvenir S.A., su mesada pensional ascendería a \$3.049.400 de pensionarse a los 58 años y de \$4.442.000 de hacerlo a los 62 años; que de haber permanecido en el RPM su mesada sería significativamente mayor como quiera que su IBC asciende a \$15.050.001, situación que le causaría un perjuicio económico mensual.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (fº 1 – 18 archivo 08, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el demandante nació el 10 de enero de 1962; que desde el 01 de julio de 1982, cotizó al RPM administrado por el ISS hoy Colpensiones, que mediante solicitud de afiliación de 31 de octubre de 1995, se trasladó al RIAS con Porvenir S.A. con efectividad del 01 de noviembre de 1995. Respecto de los demás hechos, indicó no constarles o no que no eran ciertos.

Como excepciones de mérito, propuso las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, imposibilidad de declarar la nulidad y/o ineficacia del 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, 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, imposibilidad de declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen y la innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (f° 1 a 37 archivo 09, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, no aceptó ninguno, indicando que no eran ciertos o que no le constaban.

Como excepciones de mérito propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

El Juez, en auto del 23 de abril de 2021, notificado por estados el día 26 del mismo mes y año, resolvió vincular al proceso a **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, como quiera que, según lo indicado en la demanda y verificado en el SIAFP, el demandante estuvo vinculado a esa AFP, por lo que era necesario que esta entidad hiciera parte del trámite judicial.

La **AFP SKANDIA S.A.** contestó (f° 1 a 17 archivo 15, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el 28 de junio de 2010, el demandante a través de la suscripción de formulario de afiliación se trasladó a esa AFP proveniente de Porvenir, acto que se hizo efectivo el 01 de agosto de 2010; que estuvo vigente hasta el 31 de mayo de 2011, fecha en la que el demandante retornó a Porvenir S.A; que Skandia S.A. había trasladado la totalidad de los saldos de la cuenta de ahorro individual a Porvenir S.A. Respecto de los demás hechos indicó que no le constaban o que no eran ciertos.

Como excepciones de mérito, propuso las de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó ni intervino en el momento de 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 genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 20 de mayo de 2022 (archivo 26 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante.

[TERCERO]: ORDENAR de no ser apelado este fallo en su oportunidad, se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el Superior, en razón que las pretensiones son adversas a la parte demandante.

Para **fundamentar su decisión sostuvo** que los afiliados al Sistema Pensional de Seguridad Social cuentan con el derecho de escoger libremente el régimen al que deseen pertenecer, conforme lo preceptúa el literal e) del artículo 13 Ley 100 de 1993. Sostuvo igualmente que el artículo 1604 Código Civil consigna que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, de manera que al ser las administradoras de fondos de pensiones las que deben cumplir con el deber de información, a ellas les corresponde acreditar tal cumplimiento.

Advirtió que, como pruebas documentales referentes a la afiliación del demandante al RPM y posterior traslado al RAIS, se encontraban el reporte de las semanas cotizadas expedido por Colpensiones, el formulario de afiliación a Porvenir S.A., el formulario de afiliación de Skandia S.A., la historia laboral consolidada de Porvenir S.A., y el certificado de SIAFP, de las cuales se establecía que el demandante estuvo afiliado al RPM entre el 01 julio de 1982, hasta el 31 octubre de 1995, cuando decidió trasladarse al RAIS, administrado por Porvenir S.A., con fecha de efectividad del 01 de noviembre de 1995. Indicó que, se deducía de las pruebas que el demandante posteriormente se trasladó a la AFP Skandia S.A. el 01 de agosto de 2010; que después retornó a Porvenir S.A., específicamente el 01 de junio de 2011, permaneciendo en este fondo a la fecha de la presentación de la demanda.

Expuso que, la Corte Suprema de Justicia, ha identificado tres etapas del deber de información, de manera que se debe identificar en qué momento ocurrió el traslado

del afiliado para saber cuáles eran los deber y obligaciones que les eran exigibles a las AFP. Destacó que en este caso el traslado del demandante se había realizado en el año 1995, es decir, en la primera etapa en la que no existían obligaciones tan contundentes como las vigentes a la fecha, tales como el deber de la doble asesoría, el deber de un buen consejo y de realizar una proyección pensional, por lo que no podría pretenderse que las AFPs cumplieran con tales lineamientos. Destacó que, lo que sí se existía en la primera etapa era la obligación de trasladar las características de cada uno de estos regímenes pensionales.

Advirtió que, en el evento en que las AFPs no acreditaran el cumplimiento del deber de información conforme al grado de exigencia determinado por cada etapa, se debía declarar la ineficacia del traslado, asunto establecido en línea jurisprudencial desarrollada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, precisó que lo anterior no podía seguirse de manera mecánica, pues debían atenderse a las circunstancias específicas de cada caso. En este sentido dijo que, como pruebas del traslado, además del formulario de afiliación, el cual por sí solo resultaría insuficiente para demostrar el cumplimiento del mentado deber, también se encontraba el interrogatorio de parte del que se podían extraer varias confesiones que demostraban que la AFP sí había cumplido con el mentado deber en el grado de exigencia propio de la primera etapa.

Resaltó que, lo que se exigía de las administradoras de la mentada época era el traslado de una información clara y comprensible respecto a las características de los regímenes, asunto que, conforme lo indicó el mismo actor, le fue informado por el asesor de Porvenir S.A. en tanto le manifestó que en el RAIS no se exigían semanas de cotización, que cada afiliado contaba con una cuenta de ahorro individual, que no exigía tiempo por lo que podría pensionarse a cualquier edad, que los aportes iban a portafolios administrados por la AFPs y que él veía los rendimientos, más aún cuando es contador y tenía algo de conocimiento al respecto. Adujo que, a preguntas que hizo el Despacho, el demandante indicó que en el ISS sí se exigían la edad y las semanas y lo más importante, que confesó conocer que la mesada pensional que en el RPM se establecía del promedio de los últimos diez años, en ese sentido consideró el Despacho que el traslado se dio en observancia la deber de información.

Señaló que, el demandante sabía cómo se liquidaba la mesada pensional en ambos regímenes, por lo que también conocía cuál podría ser su mesada pensional y tenía claridad sobre que recibiría unos rendimientos financieros, por tener acceso a los extractos mensuales de su portafolio, máxime en su condición de contador. Todo lo

expuesto, llevó al A quo a considerar en este caso se dieron los presupuestos para determinar que el actor recibió una información completa, comprensible y clara respecto de cada uno de regímenes, de sus características generales y de la forma como se liquidaba la mesada pensional, cuya diferencia de valores fue lo que lo motivó a iniciar la acción judicial, pero, era claro que ello era conocido por el actor. Consideró entonces que en este caso en particular no era posible acceder a las pretensiones de la demanda y, por tanto, procedió a absolver a las demandadas de todas las pretensiones incoadas.

RECURSO DE APELACIÓN

EL DEMANDANTE interpuso recurso de apelación, en el que solicitó que se revocara en su integridad la sentencia de primera instancia argumentando que el Juzgador no tuvo en cuenta que el deber de información exigible a las AFP tenía una doble vía, de manera que, no bastaba con la descripción del funcionamiento de los régimen pensiones o de sus las ventajas, sino que implicaba también la exposición sobre cuáles eran los riesgos o desventajas de efectuar el traslado, toda vez que el acto debía estar regido por los principios de transparencia y de objetividad.

Acotó que, el Juzgado no tuvo en cuenta que lo que tomó como confesiones y pruebas del cumplimiento del deber de información, solo correspondían a descripciones generales del RAIS y de sus ventajas, sin que se diera cuenta de los riesgos del cambio de régimen, ni de sus implicaciones económicas y jurídicas. Cuestionó también que el Juzgador erróneamente no tuvo en cuenta que el conocimiento que tenía el demandante sobre la forma en que se realizaba la liquidación de la mesada pensional en el RPM, lo obtuvo por circunstancias personales, con posterioridad a la fecha del traslado, como él mismo lo manifestó, sin que sobre el particular hubiese recibido la asesoría de Porvenir S.A.

Argumentó que, el A quo tampoco que el demandante manifestó que la charla recibida por Porvenir S.A. había sido genérica y había durado solo entre 20 y 30 minutos, sin que nadie planteara alguna duda o ampliación de información y que, en ella, se le hizo la promesa de que su mesada pensional sería superior en el RAIS, cuestión que constituyó la principal motivación para efectuar el traslado. En suma, manifestó que el Juez efectuó un análisis parcializado de la prueba, pues saltaba a la vista que si el demandante hubiese tenido una real comprensión sobre la forma en que se calculaban las mesadas pensionales y hubiese sabido que en el RAIS tendría una significativamente menor, naturalmente, no se hubiese trasladado.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Porvenir S.A. y a Skandia S.A. fueron ineficaces por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los todos aportes realizados por el actor en el RAIS, junto con los gastos de administración y demás deducciones.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor **Luis Alfonso Ruiz Lozano** nació el 10 de enero de 1962 (f°24 archivo 01 carpeta 1ª inst. exp. digital); **ii)** que se afilió al ISS desde el 01 de julio de 1982 hasta el 31 de octubre de 1995, cotizando 675,00 semanas (f°43-45 archivo 08 – carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iii)** que el 31 de octubre de 1995 solicitó el traslado al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Porvenir S.A., el cual se hizo efectivo a partir del **1° de noviembre de 1995** (f°73-75 archivo 09 carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iv)** que el 28 de junio de 2010 solicitó el traslado horizontal a Skandia S.A. mediante la suscripción de un formulario de vinculación, el cual se hizo efectivo a partir del **1° de agosto de 2010** (f°73 archivo 09 – f°32 archivo 15 carpeta 1ª inst. exp. Digital) y **v)** que efectuó nuevamente un traslado horizontal a Porvenir S.A. con fecha de efectividad del **01 de junio de 2011** (f°73 archivo 09 carpeta 1ª inst. exp. Digital)

INEFICACIA DEL TRASLADO

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala, dos aspectos, el primero, que las administradoras de pensiones son las entidades 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, más aún si se tiene en cuenta 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. En este sentido, no puede perderse de vista 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).

El segundo punto es que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido. En efecto, el Decreto 663 de 1993, «*Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1° del artículo 97, 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*». Igualmente, el parágrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994, textualmente se estableció: «*PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.*» (negrilla fuera del texto original)

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**01 de noviembre 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 al afiliado 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.

Ahora, con ocasión del recurso de apelación formulado por la parte actora y con base en lo expuesto hasta el momento, deberá entonces la Sala determinar si Porvenir S.A. cumplió con la obligación de suministrar al accionante una información transparente, de manera que le hubiese permitido con el conocimiento suficiente para elegir el régimen que mejor se ajustara a sus intereses. Para tal efecto, deberán analizarse las pruebas documentales que obran en plenario, especialmente el formulario de afiliación, junto con el interrogatorio de parte rendido por el demandante.

En efecto, en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Porvenir S.A. suscrito el 31 de octubre de 1995, del cual solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que esa AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. Sobre el particular, debe advertirse que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Luego de dejar claro que, en el plenario no obra prueba documental que acredite el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Porvenir S.A., resulta ahora pertinente adentrarse en el análisis del interrogatorio de parte del demandante, del cual, a criterio del A quo, se extraen una serie de confesiones que comprueban el cumplimiento del mentado deber.

Una vez revisada en su integridad la declaración del demandante, se encontró que este manifestó que, previo a efectuar el traslado en el año 1995, unos asesores de Porvenir S.A. lo citaron a él y a sus compañeros de trabajo a una reunión que duró aproximadamente 30 minutos, en donde les explicaron las características generales del RAIS, entre ellas, que en este régimen se efectuaba un ahorro a una cuenta

individual, que no se contabilizaban semanas sino monto de ahorro, que sus dineros se administraban en un portafolio que generaba rentabilidad y que no se requería edad para pensionarse sino de una suma determinada de dinero. De lo expuesto, advierte esta Sala que el demandante dio cuenta de algunas de las características del RAIS, haciendo especial énfasis en sus ventajas, pero no se observó que hubiese recibido información sobre las reales implicaciones del traslado, las desventajas y mucho menos un aviso de que, naturalmente, la rentabilidad de su ahorro estaba sometida a los vaivenes del mercado.

Nótese además que, en su declaración el actor hizo hincapié en que los asesores de la AFP le manifestaron que lo más beneficioso para sus intereses era pertenecer al RAIS, debido a que en ese régimen tendría mayor rentabilidad y una mesada pensional superior y que, partiendo de ello, tomó la decisión de adelantar el traslado, así lo dijo:

[C]on toda la seguridad de que la información que nos habían suministrado era la más conveniente para nuestro futuro pensional, esa fue la condición y fueron los motivos por los cuales tomé la decisión.

(...)

No hubo una información muy precisa de algún porcentaje de rentabilidad o un valor mínimo de rentabilidad, básicamente aseguraban que por tratarse de un fondo privado que administraría esos dineros generaría un mayor valor del monto pensional, o sea, como lo que voy a recibir cuando cumpla mi edad o cuando defina, porque pues no había un límite. Según ellos mencionada, obviamente, que podría ser mucho más beneficioso

Cabe resaltar por parte de la Sala que, aunque el demandante también manifestó que los asesores de Porvenir S.A. le indicaron que en el RPM su mesada pensional se calcularía con el promedio de los últimos 10 años, de esa declaración no se desprende, como lo consideró el Juez de primera instancia, que el actor conociera o tuviera si quiera una idea de cuál sería el monto de su mesada pensional de permanecer en el RPM o de trasladarse al RAIS, máxime cuando los asesores de este último régimen le indicaron que su mesada sería más alta en el fondo privado.

Ante este panorama, resulta claro para esta Sala de decisión que los asesores de la AFP le expusieron al actor, no sólo una información parcializada sobre el funcionamiento del régimen, sino que además se valieron de datos irreales para persuadirlo a efectuar el traslado, como, por ejemplo, que era el régimen que más le convenía era el RAIS y que la rentabilidad que obtendría sería superior en comparación con el RPM. Por ende, no resulta viable considerar que en este caso el actor recibió 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, pese a que era deber u obligación de Porvenir S.A. 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 en este puntual caso no se probaron.

De otro lado, debe resaltar la Sala que, no podría sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –actos de relacionamiento-, o que por no haber retornado al RPM, es porque conocía a cabalidad las características del RAIS y ello demuestre 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 la AFP Porvenir S.A., al momento del traslado de régimen pensional hubiese suministrado al afiliado información clara, precisa y oportuna sobre las características, condiciones, consecuencias y riesgos del cambio de régimen, a pesar de ser esa su carga, trae como consecuencia que el mismo sea declarado como **ineficaz**.

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

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

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

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

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en

que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

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

Bajo el anterior contexto, se hace necesario **REVOCAR** la decisión de primera instancia para en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda en el sentido de declarar la ineficacia del traslado realizado por el demandante **LUIS ALFONSO RUIZ LOZANO** el **01 de noviembre de 1995**, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que el acto jurídico del traslado no produjo efectos, pues ante la violación del deber de información dicho acto no puede proyectarse en el mundo de las relaciones jurídicas, razón por la cual se impone el regreso automático del demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

En consecuencia, se condenará a las AFPs Skandia y Porvenir a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquellas, las cotizaciones recibidas en su integridad por la afiliación del demandante, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, durante el tiempo de afiliación. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL1055-2022).

PRESCRIPCIÓN

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

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

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

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

COSTAS

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, el 20 de mayo de 2022, para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor **LUIS ALFONSO RUIZ LOZANO** al régimen de ahorro individual el cual se hizo efectivo a partir del 1° de noviembre de 1995, por intermedio de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y de los traslados horizontales posteriores, y, en consecuencia, declarar válida la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, administrado por **COLPENSIONES**.

SEGUNDO: CONDENAR a **SKANDIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS**, 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 agosto de 2010 y el 31 de mayo de 2011. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle

pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

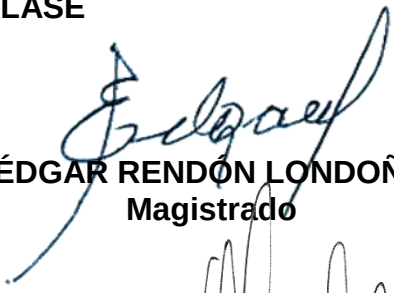
TERCERO: CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a trasladar a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad por la afiliación del demandante, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a activar la afiliación 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 las entidades demandadas conforme a lo motivado.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado


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, AFP SKANDIA S.A. y AFP PORVENIR S.A.**, la suma de \$1.160.000, para cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310502320210023401
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ELSY MAGNOLIA CARRANZA PIÑA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de mayo 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 **Elsy Magnolia Carranza Piña** que se **declare** la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a través de la AFP Colfondos S.A., por la omisión al deber de información en el que incurrió este fondo privado al momento en que se efectuó tal cambio de régimen. Pretende que se **declare** que Colfondos S.A. debe trasladar la totalidad de sus aportes a Colpensiones. En consecuencia, que se **condene** a Colpensiones a vincularla como afiliada al RPM; que se **condene** a las demandadas a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº 3- 11, archivo 01. carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló que nació el 04 de enero de 1964; que efectuó cotizaciones al ISS desde el 19 de mayo de 1982, hasta mayo de 1994; que a partir de junio de 1994, empezó a cotizar en Colfondos S.A. Destacó que los asesores de Colfondos S.A. y Colpensiones no cumplieron con el deber de información en el momento en que efectuó el cambio, como tampoco le explicaron los requisitos para acceder a las prestaciones económicas que brindaba cada régimen, ni efectuaron una proyección de su mesada pensional. Destacó que, ninguno de los asesores le garantizó un consentimiento informado cuando efectuó el acto de traslado y que ninguna de las entidades cumplió con

su obligación de realizar una doble asesoría. Finalmente, mencionó que los días 02 y 03 de marzo de 2021, presentó ante Colpensiones y Colfondos S.A., respectivamente, solicitudes de nulidad de traslado, devolución de aportes y retorno al RAIS.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f° 1 - 19 archivo 06, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante nació el 04 de enero de 1964; que efectuó cotizaciones al ISS desde el 19 de mayo de 1982, hasta mayo de 1994; que el 02 de marzo de 2021, presentó una solicitud de nulidad de traslado y de retorno al RPM administrado por Colpensiones. Frente a los demás hechos indicó no constarles.

Como excepciones de mérito, propuso las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, imposibilidad de declarar la nulidad y/o ineficacia del 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, 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, imposibilidad de declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen y la innominada o genérica.

La **AFP COLFONDOS S.A.** contestó (f° 1 - 16 archivo 04, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante nació el 04 de enero de 1964; que empezó a cotizar en Colfondos a partir de junio de 1994; que el 03 de marzo de 2021, presentó una solicitud de retorno al RPM administrado por Colpensiones. Frente a los demás hechos indicó no constarles o que no eran ciertos.

Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago e inexistencia e imposibilidad de devolver gastos de administración, comisiones y seguros previsionales.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 12 de mayo de 2022 (archivo 14 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la demandante ELSY MAGNOLIA CARRANZA PIÑA al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver o trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante ELSY MAGNOLIA CARRANZA PIÑA, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen pensional, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.

TERCERO: DECLARAR que la demandante ELSY MAGNOLIA CARRANZA PIÑA para efectos, pensionales, se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, por las razones expuestas.

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

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

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

Para **Fundamentar su decisión** sostuvo que, los afiliados al Sistema Pensional de Seguridad Social cuentan con el derecho de escoger libremente el régimen al que deseen pertenecer, conforme lo preceptúa el literal e) del artículo 13 Ley 100 de 1993. Afirmó que, el artículo 1604 Código Civil, consigna que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, de manera que al ser las administradoras de fondos de pensiones las que deben cumplir con el deber de información, a ellas les corresponde acreditar tal cumplimiento.

Advirtió que, como pruebas documentales se hallaban el reporte de semanas cotizadas y el resumen de la historia laboral tanto de Colfondos S.A. como de Colpensiones, de lo cual, consideró que se podía establecer que la parte demandante efectuó cotizaciones al ISS en el RPM desde el 19 de mayo de 1982, al 31 de mayo de 1994; que la actora decidió trasladarse a Colfondos S.A. realizando cotizaciones en esta entidad a partir del 01 de junio de 1994.

Resaltó que, en relación con la obligación de debida asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha efectuado múltiples pronunciamientos en los que ha concluido que es deber de estas entidades brindar una información completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que conllevaría dejar régimen anterior y las posibles consecuencias futuras. Expuso que, la sentencia fundacional de esta línea jurisprudencial data del año 2008; que sus lineamientos que se han confirmado en sentencias más recientes como la SL4964-2018 y la SL146- 2019, de las cuales el Juez extrajo las siguientes subreglas: **i)** que las administradoras de fondos de pensiones tienen la obligación de brindar una información, completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que conllevaría dejar régimen anterior y las posibles consecuencias futuras; **ii)** que en esta clase de procesos opera la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado y **iii)**, por último, que es procedente declarar la ineficacia traslado estando o no frente al beneficio de la transición o estando o no próximo a pensionarse.

Determinó que, aunque en el presente asunto la demandante no era beneficiaria del régimen de transición, lo cierto era que, en todo caso, era posible cuestionar la validez del traslado si la administradora de fondo de pensiones no brindó una información completa, comprensible y oportuna respecto de las características de los regímenes pensionales, pues ello le habría impedido al demandante escoger la opción que más le conviniera de acuerdo a su situación personal.

Expuso que, en el caso que nos ocupa no existía material probatorio suficiente para acreditar que a la demandante sí se le hubiese suministrado la información necesaria y relevante, hecho positivo que debía ser demostrado por Colfondos S.A. por operar en este caso la inversión de la carga de la prueba, conforme lo indicado anteriormente. En este sentido, determinó que a esta AFP le correspondía acreditar que en efecto existió la explicación debida sobre las reales implicaciones generaría el cambio de régimen y que los únicos elementos de juicio allegados fueron las historias laborales, ni siquiera se allegan los formularios de vinculación, documentos que, por sí solos, resultan insuficientes para cumplir con la carga probatoria, tal y como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia y el Decreto 663 de 1993. Además, resaltó que del interrogatorio de parte de la demandante no se desprende confesión alguna que dé cuenta de que éste hubiese recibido asesoría o información en los parámetros previamente señalados que le permitiera conocer las características de cada régimen y le hubiese garantizado tomar una decisión debidamente informada.

Concluyó que, lo procedente era acceder a las pretensiones de la demanda y, por tanto, declarar la ineficacia del traslado que la demandante efectuó del RPM al RAIS administrado inicialmente por Colfondos S.A. Consideró que Colfondos S.A. debía

trasladar a Colpensiones todos los dineros que hubiesen recibido con ocasión de la afiliación de la demandante junto con los rendimientos causados y pagados a cada administradora, sin la posibilidad de descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto dadas las consecuencias de la ineficacia declarada.

RECURSO DE APELACIÓN

DEMANDANTE presentó recurso de apelación parcial en contra de la sentencia de primera instancia a efectos de que se revocara la ausencia de condena en costas a Colpensiones, toda vez que esta entidad tampoco efectuó ninguna advertencia o asesoría a la actora al momento de hacerle traslado. Cuestionó también que el Juez no realizó pronunciamiento sobre el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, pese a que era claro que la demandante ya había cumplido con la edad y las semanas, por lo que el Juzgador debió hacer uso de sus facultades extra y ultra petita frente a este asunto, aun cuando no hubiese sido objeto del litigio.

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación en el que solicitó que se revocara en su integridad la sentencia de primera instancia, argumentado que la demandante se encontraba inmersa en la prohibición de traslado, prevista en la Ley 797 del 2013; que no era beneficiaria del régimen de transición, de manera que no le eran aplicables las sentencias de la Corte Constitucional que habilitaban su traslado en cualquier momento. Indicó que, no se tuvo en cuenta un pronunciamiento del Tribunal Superior de Pereira, en el que se indicó que la simple manifestación de inconformidad sobre el valor de la pensión a recibir no era un argumento suficiente para declarar ineficaz un traslado. Señaló que, no se logró probar que la AFP le hubiese trasladado a la demandante una información errada o engañosa. Finalmente, afirmó que el Juez no tuvo en cuenta que se evidenció un desinterés o descuido por parte de la demandante, por haber decidido cotizar de manera libre y voluntaria por más de 20 años, sin inconformismo alguno.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante y por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Colfondos S.A., fue ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los todos aportes realizados por la actora en el RAIS, junto con los gastos de administración y demás deducciones. De igual forma, debe establecer la Sala si hay lugar o no a ordenar el reconocimiento de la pensión de vejez

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora **Elsy Magnolia Carranza Piña** nació el 04 de enero de 1964 (f°28 archivo 01 carpeta 1ª inst. exp. digital); **ii)** que estuvo afiliada al ISS desde el 19 de mayo de 1982, hasta el 28 febrero de 2009, cotizando 836,71 semanas (f°45 archivo 06 carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iii)** que el 01 de junio de 1994, se trasladó a la AFP Colfondos S.A. (hecho aceptado por la AFP en su contestación y que no fue objeto de discusión) y **iv)** que la actora a la fecha se encuentra afiliada a Colfondos S.A. donde ha venido cotizando hasta la fecha (f°12 archivo 01 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 SL1055-2022, en la que se expuso:

Pues bien, es menester recordar que la Corte ha precisado de manera pacífica y reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP 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, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).

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 SL2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Ahora bien, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993 se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, 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- y el párrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: «*PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.*»

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 –**01 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 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, esta Sala encuentra que en el expediente ni siquiera obra el formulario de afiliación de la demandante en el que conste la solicitud de traslado a Colfondos S.A. cuya eficacia se cuestiona, de manera que, al no existir prueba de la firma del formulario, mucho menos se demuestra con prueba alguna que se le hubiese brindado a la demandante una asesoría completa, veraz, comprensible e integral sobre las ventajas y desventajas de haber efectuado el traslado. Sin perjuicio de lo expuesto, en el evento en que la demandante hubiese diligenciado este documento, lo cierto es que el mismo sólo corresponde una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que de este se desprenda que dicha AFP hubiese cumplido con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Y es que en este punto debe advertirse que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021,

donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

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. Sobre el particular, cabe traer a colación lo establecido por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL1729-2022:

Ahora bien, y contrario a lo afirmado por el ad quem, las alusiones y afirmaciones que giran en torno a la profesión de la demandante no tienen asidero en este tipo de controversias, pues, como ha sido reseñado por esta Sala, ni aun trabajando en el sector, los profesionales financieros tienen el conocimiento, la experiencia y la comprensión sobre el sistema pensional, y a partir de ello no podría colegirse que se excluya del deber del fondo de pensiones la obligación de brindar información sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, y las consecuencias del traslado (CSJ SL3349-2021).

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

Ahora, no queda duda alguna que dichos valores deben ser indexados, como quiera que, por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta pérdida, de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual del actor generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación.

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 esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad, 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).

PENSIÓN DE VEJEZ

En lo que respecta al recurso de apelación parcial formulado por la parte actora encaminado a que se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, considera esta Sala que, aunque no se desconocen las facultades extra y ultra petita del Juez laboral, lo cierto es que en este caso el Juzgador no estaba habilitado para proferir una decisión sobre el particular, como quiera que ello no fue solicitado como pretensión en la demanda y tampoco fue objeto de debate o discusión al interior del proceso. Al respecto, cabe rememorar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que el Juez de primera instancia solo está habilitado para fallar por fuera de lo pedido en la demanda, si el asunto a incluir ha sido objeto de debate, discusión o contradicción al interior del proceso; así lo dijo en la sentencia CSJ SL2266-2022, en la que sostuvo:

*De otra parte, la Sala ha adoctrinado que, en tratándose de «derechos laborales mínimos e irrenunciables del trabajador», en armonía con lo expuesto en la sentencia CC C968-2003 (CSJ SL2808-2018), las materias objeto del recurso de apelación incluyen siempre tales derechos laborales mínimos e irrenunciables, **siempre y cuando hayan sido objeto de discusión en el proceso y se encuentren acreditados.***

[...]

*Por tanto, **no resulta afortunado intentar edificar argumentos sobre supuestos no controvertidos en el plenario, con la pretensión de que en la segunda instancia se recompongan situaciones fallidas en primer grado** y, mucho menos, proponer dichos desatinos como soporte del recurso de casación, escenario ajeno a los fines propios de las instancias. (Subrayado y negrillas fuera del texto original).*

No puede perderse de vista que proceder en sentido contrario, implicaría una transgresión directa de las garantías de contradicción, defensa y al debido proceso de las

entidades llamadas a juicio, pues se les estaría sorprendiendo con una condena sobre la cual no pudieron efectuar pronunciamiento o defensa alguna.

Nótese entonces que, respecto del reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor de la actora no se efectuó reclamo en la demanda inaugural y tampoco tuvo lugar debate o discusión alguna en el proceso, pues ni siquiera se incluyó como un punto a analizar al fijar el litigio, circunstancia que no fue cuestionada por ninguna de las partes. Además, si la demandante consideraba que no hubo pronunciamiento sobre ese puntal aspecto, debió haber hecho uso de la figura de adición o complementación del fallo.

En consecuencia, considera la Sala que la decisión del Juez sobre la imposibilidad fallar sobre este punto resulta acertada, lo cual no obsta para que, una vez retornados los aportes y demás rubros a Colpensiones con ocasión de la ineficacia declarada, esa entidad en sede administrativa, proceda a efectuar el estudio del cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento de la pensión.

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 como tampoco las consecuencias económicas que esta declaración se derivan (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

En lo respecta al recurso formulado por la parte demandante, encaminado a que se condene en costas de primera instancia a Colpensiones, advierte esta Sala que le asiste razón al recurrente. De conformidad con el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, que, en este caso, además de Colfondos S.A., fue Colpensiones en tanto ninguna de las excepciones por ella formuladas en sede de primera instancia prosperaron. Ahora, como quiera que en la parte resolutive de la sentencia no se efectuó un pronunciamiento expreso que niegue la condena en costas a esta entidad, se procederá a ADICIONAR el numeral quinto, a efectos de imponer tal condena a Colpensiones.

De igual forma, se condenará en costas y agencias en derecho de segunda instancia a Colpensiones, por no haber prosperado el recurso formulado en contra de la sentencia de primera 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:

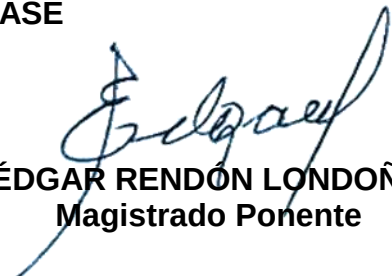
PRIMERO: ADICIONAR NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, trasladar a **COLPENSIONES** y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración,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

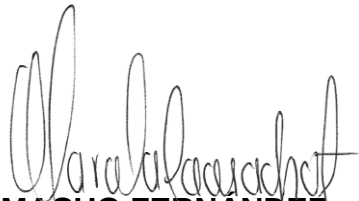
SEGUNDO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL QUINTO de la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., únicamente en el sentido de condenar en costas de primera instancia a **COLPENSIONES**.

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

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones, la suma de \$1.160.000.



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

RADICADO	11001310502320210035701
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	BLANCA EMILSE BOHÓRQUEZ SAIZ
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de mayo 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 **Blanca Emilse Bohórquez Saiz** que 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 S.A., por la omisión al deber de información en el que incurrió este fondo privado al momento en que se efectuó tal cambio de régimen; que se **declare** que para todos los efectos legales siempre estuvo afiliada al RPM; como consecuencia de lo anterior, se **ordene** a Colfondos S.A. devolver a Colpensiones las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y gastos de administración relacionados con su afiliación; que se ordene a Colpensiones a reactivar su afiliación; que se ordene a Colpensiones a reconocer y pagar en su favor **la pensión de vejez**, las mesadas ordinarias y extraordinarias causadas que se hubiesen generado desde el cumplimiento de los requisitos con su indexación; que se **condene** a las demandadas a lo que se demuestre extra y ultra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 4- 18, archivo 01. carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló que nació el 18 de enero de 1963; que desde el inicio de su vida laboral estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones hasta el 17 de abril de 1998, fecha en la que se trasladó a Colfondos S.A. a través de la firma de un formulario; que Colfondos S.A. no le suministró una información concreta y veraz de las reales consecuencias que conllevaría su decisión de traslado de régimen, no le explicó la naturaleza del RAIS, ni sus características, ni su diferencia con el RPM, omitió dar información de las ventajas y desventajas sobre el cambio de régimen pensional, tampoco fue enterada de las condiciones que debía cumplir para acceder a una pensión, no se le informó que el monto de la mesada pensional dependía del total del capital que lograra acumular en su cuenta individual, ni mucho menos que podía hacer aportes voluntarios para incrementar el valor de la pensión y que se le descontaría un porcentaje por concepto de gastos de administración. Destacó que, antes de los 10 años para alcanzar la edad de 57 años, el fondo privado no le informó que tenía plazo para iniciar los trámites tendientes a retornar al régimen de prima media.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **AFP COLFONDOS S.A.** contestó (f° 1 - 15 archivo 09, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante nació el 18 de enero de 1963; que a la fecha de la presentación de la demanda, la actora estaba afiliada a Colfondos S.A. Frente a los demás hechos indicó no constarles o que no eran ciertos.

Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación, pago, inexistencia e imposibilidad de devolver gastos de administración, comisiones y seguros previsionales.

COLPENSIONES contestó (f° 1 - 20 archivo 06, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante nació el 18 de enero de 1963 y que, a la fecha de la presentación de la demanda, la actora estaba afiliada a Colfondos S.A. Frente a los demás hechos, indicó que no eran ciertos o que no le constaban, aclarando que la actora estuvo

vinculada al ISS hoy Colpensiones hasta enero de 1996, fecha en la que efectuó a Cajanal y de ahí de traslado al RAIS.

Como excepciones de mérito, propuso las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, imposibilidad de declarar la nulidad y/o ineficacia del 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, 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, imposibilidad de declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen y la innominada o genérica.

Esta entidad, además, solicitó en el escrito de contestación, la vinculación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, al ser la entidad que asumió a la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL, como litisconsorcio necesario, argumentando que el traslado de régimen que efectuó la demandante tenía como entidad de origen a CAJANAL, por lo que era esta la llamada a responder por lo pretendido en la demanda.

El juzgado de conocimiento, mediante auto del 18 de febrero de 2022, dispuso que debía vincularse a la Unidad de Pensiones del Departamento de Cundinamarca por ser la entidad en la que estuvo afiliada la actora.

LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, contestó (f° 24 - 30 archivo 18, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante nació el 18 de enero de 1963; que a la fecha de la presentación de la demanda, la actora estaba afiliada a Colfondos S.A. Frente a los demás indicó que no le constaban.

Como excepciones de mérito, propuso las de falta de legitimación por pasiva, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, imposibilidad de condena en costas, y la genérica, innominada o de oficio.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 22 de agosto de 2022 (archivo 24 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la demandante BLANCA EMILSE BOHÓRQUEZ SAIZ al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por a demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver o trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante BLANCA EMILSE BOHÓRQUEZ SAIZ, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia incluidos los gastos administración y primas de seguros previsionales invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, pues tales conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

TERCERO: DECLARAR que la demandante BLANCA EMILSE BOHÓRQUEZ SAIZ para efectos pensionales, se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, por las razones expuestas.

CUARTO: DECLARAR probada la excepción de FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA, propuesta por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA teniendo en cuenta las consideraciones expuestas.

QUINTO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a RECONOCER a la demandante BLANCA EMILSE BOHÓRQUEZ SAIZ, la pensión de vejez, de conformidad a la Ley 797 de 2003 artículo 9, causada a partir del cumplimiento de los 57 años de edad, efectos fiscales simplemente hasta retiro del servicio, teniendo en cuenta la incompatibilidad que existe entre la pensión y el servicio público. Teniendo en cuenta el IBL se tendrá en cuenta el promedio de los últimos 10 años o de toda la vida laboral, según le resulte más favorable.

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

SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES y CESANTÍAS.

Para **fundamentar su decisión** sostuvo que, los afiliados al Sistema Pensional de Seguridad Social cuentan con el derecho de escoger libremente el régimen al que deseen pertenecer, conforme lo preceptúa el literal e) del artículo 13 Ley 100 de 1993; que el artículo 1604 Código Civil, consigna que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, de manera que al ser las administradoras de fondos de pensiones las que deben cumplir con el deber de información, a ellas les corresponde acreditar tal cumplimiento.

Advirtió que, como pruebas documentales que informaban del traslado de la demandante del RPM al RAIS, se encontraban el reporte de las semanas cotizadas expedido por Colpensiones, el formulario de afiliación a Colfondos S.A. y el certificado de SIAFP, de las cuales se establecía que la demandante efectuó cotizaciones al RPM desde el 28 de diciembre de 1983, al 31 de mayo de 1998, momento en el que decidió trasladarse al RAIS a través de Colfondos S.A., con fecha de efectividad del 01 de junio de 1998 y que, a la fecha continuaba efectuando cotizaciones a Colfondos S.A.

Respecto de la vinculación a la Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca, determinó que era necesario tener en cuenta lo previsto en el artículo 130 de la Ley 100 de 1993, en el artículo 2.2.1.1.1.5 del Decreto 1883 del 2016, y en el artículo 150 de la Ley 1151 de 2007, de los cuales se desprendía con claridad que los afiliados que pertenecían a estas cajas hacían parte del RPM, cuyo único administrador era Colpensiones, por lo que esta situación en nada variaba el análisis que debía efectuarse respecto del cumplimiento del deber de información y los eventuales efectos que de ello se derivasen.

Resaltó que, en relación con la obligación de debida asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha efectuado múltiples pronunciamientos en los que ha concluido que es deber de estas entidades brindar una información completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que conllevaría dejar régimen anterior y las posibles consecuencias futuras. Expuso que, la sentencia fundacional de esta línea jurisprudencial data del año 2008; que sus lineamientos se han confirmado en sentencias más recientes como la SL4964-2018 y la SL146- 2019, de las cuales el Juez extrajo las siguientes subreglas: *i)* que las administradoras de fondos de pensiones tienen la obligación de brindar una información, completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que conllevaría dejar régimen anterior y las posibles consecuencias futuras; *ii)* que en esta clase de procesos opera la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado y *iii)*, por último, que es procedente declarar la ineficacia traslado estando o no frente al beneficio de la transición o estando o no próximo a pensionarse.

Expuso que, en el caso que nos ocupa no existía material probatorio suficiente para acreditar que a la demandante sí se le hubiese suministrado la información necesaria y relevante, hecho positivo que debía ser demostrado por Colfondos S.A. por operar en este caso la inversión de la carga de la prueba, conforme lo indicado anteriormente. En este sentido, determinó que a esta AFP le correspondía acreditar

que en efecto existió la explicación debida sobre las redes implicaciones generaría el cambio de régimen y que los únicos elementos de juicio allegados fueron las historias laborales y el formulario de afiliación, por sí solos, resultan insuficientes para cumplir con la carga probatoria, tal y como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia y el Decreto 663 de 1993. Consideró que, no era posible establecer que para el año 1998, la actora hubiese recibido una información completa, veraz, precisa y necesaria. Además, resaltó que del interrogatorio de parte de la demandante no se desprende confesión alguna que dé cuenta de que éste hubiese recibido asesoría o información en los parámetros previamente señalados que le permitiera conocer las características de cara régimen y le hubiese garantizado tomar una decisión debidamente informada.

Concluyó que, lo procedente era acceder a las pretensiones de la demanda y, por tanto, declarar la ineficacia del traslado que la demandante efectuó del RPM al RAIS administrado inicialmente por Colfondos S.A. Consideró que Colfondos S.A. debía trasladar a Colpensiones todos los dineros que hubiesen recibido con ocasión de la afiliación de la demandante junto con los rendimientos causados y pagados a cada administradora, sin la posibilidad de descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto dadas las consecuencias de la ineficacia declarada.

Finalmente, en cuanto al **reconocimiento de la pensión de vejez** dijo que era procedente como quiera que la demandante había acreditado el cumplimiento de los requisitos previstos en la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 9 de la Ley 797 del 2003, esto es, contar con 57 años y con 1.300 semanas de cotización. En este sentido, estableció que la cédula de ciudadanía se desprendía que desde el 18 de enero de 2020, la actora había cumplido la edad necesaria para obtener la pensión, y que, en la historia laboral de Colfondos S.A. se corroboraba que para el 20 de abril de 2021, ella contaba con 1.517,43 semanas. Por lo expuesto, adujo que le asistía derecho a la accionante a obtener la prestación económica, pero advirtió que no era posible ordenar su ingreso a nómina, hasta tanto no se encontrara retirada del servicio, puesto que conforme lo había confesado la actora, a la fecha en que absolvió el interrogatorio continuaba vinculada laboralmente.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación en el que solicitó que se revocará la sentencia de primera instancia, argumentado que el Juez no tuvo en cuenta que la demandante tenía un estatus especial debido a que era funcionaria pública, que

fue ella quien decidió afiliarse al RAIS con Colfondos S.A. lo que demostraba su voluntad libre de llevar a cabo el traslado. Indicó también que la demandante por más de 20 años no ejerció acción alguna tendiente a regresar al RPM y que sólo viene solicitarlo cuando ya se encuentra inmersa en una prohibición legal. Destacó también que la decisión de A quo afectaba la sostenibilidad fiscal de Colpensiones, máxime cuando se le obliga a reconocer una pensión de una persona que no ha efectuado cotizaciones por más de 20 años.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en su favor en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Colfondos S.A., fue ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los todos aportes realizados por la actora en el RAIS, junto con los gastos de administración y demás deducciones. Se deberá determinar también si resultaba procedente reconocer la pensión de vejez a la demandante.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora **Blanca Emilse Bohórquez Saiz** nació el 18 de enero de 1963 (f°18 archivo 01 carpeta 1ª inst. exp. digital); **ii)** que estuvo afiliada al ISS desde el 28 de diciembre de 1983, hasta el 31 de enero de 1996, cotizando 24,57 semanas (f°46 archivo 06 carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iii)** que posteriormente, estuvo afiliada al RPM a través de la Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca hasta el 31 de mayo de 1998 (f°101 archivo 09 carpeta 1ª inst. exp. Digital), **iv)** que el 17 de abril de 1998, a través del diligenciamiento de formulario de vinculación, se trasladó al RAIS con la AFP Colfondos S.A. con fecha de efectividad del **01 de junio de 1998** (f°103 archivo 09 carpeta 1ª inst. exp. Digital); **v)** que el 18 de enero de 2020, la actora cumplió 57 años (f°18 archivo 01 carpeta 1ª inst. exp. Digital) y **vi)** que para el 20 de abril de 2021, contaba con 1.517,43 semanas cotizadas al Sistema de Seguridad Social en Pensiones (f°28 archivo 01 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 disfavors de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características,

condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

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

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL1055-2022, en la que se expuso:

Pues bien, es menester recordar que la Corte ha precisado de manera pacífica y reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP 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, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464- 2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).

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).

Ahora bien, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993 se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, 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- y el parágrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: «*PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.*»

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 –**01 de junio de 1998**-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo

cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Y es que en este punto debe advertirse que 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); 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. Sobre el particular, cabe traer a colación lo establecido por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia SL1729-2022:

Ahora bien, y contrario a lo afirmado por el ad quem, las alusiones y afirmaciones que giran en torno a la profesión de la demandante no tienen asidero en este tipo de controversias, pues, como ha sido reseñado por esta Sala, ni aun trabajando en el sector, los profesionales financieros tienen el conocimiento, la experiencia y la comprensión sobre el sistema pensional, y a partir de ello no podría colegirse que se excluya del deber del fondo de pensiones la obligación de brindar información sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, y las consecuencias del traslado (CSJ SL3349-2021).

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

resulta necesario disponer que la AFP traslade a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocrinó:

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

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello fue ordenado por el juez de primer nivel, se confirmará la decisión de primer grado.

Ahora, no queda duda alguna que dichos valores deben ser indexados, como quiera que, por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta pérdida, de otro lado, pese a que la

cuenta de ahorro individual de la actora generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación

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).

PENSIÓN DE VEJEZ

Con relación a este asunto, se hace necesario establecer el cumplimiento de los requisitos para acceder a esta prestación, bajo los postulados normativos señalados 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 la señora Blanca Emilse Bohórquez Saiz nació el 18 de enero de 1963 (fº18 archivo 01 carpeta 1ª inst. exp. digital), de donde se colige que llegó a los 57 años el mismo día y mes del año 2020, data última para la cual debía acreditar 1.300 semanas a efectos de acceder a su derecho pensional. Así, encuentra la Sala que conforme la historia laboral consolidada expedida por la AFP Colfondos, para dicha calenda la actora contaba con 1.452 semanas; por lo tanto, válidamente se puede afirmar que para esa fecha se causó el derecho pensional objeto de estudio. Por lo tanto, es claro que la actora 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, conforme fue establecido por el sentenciador de instancia.

Ahora bien, advierte esta Sala que para entrar a disfrutar de la pensión aquí reconocida es necesaria la desafiliación del sistema, conforme lo exige el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, lo cual a la fecha se acredita que se haya efectuado, asunto que fue confesado por la actora al absolver el interrogatorio de parte y que se desprende la historia laboral obrante en el plenario. Por ende, el disfrute efectivo de la prestación se hará a partir de la fecha en que dicho requisito efectivamente se demuestre ante Colpensiones, tal y como acertadamente lo dispuso el juez de primer nivel.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia, en lo que, a este punto, conforme se acaba de exponer.

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 como tampoco las consecuencias económicas que esta declaración se derivan (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

Se condenará en costas y agencias en derecho de segunda instancia a Colpensiones, por no haber prosperado el recurso formulado en contra de la sentencia de primera 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 apelada y consultada proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**.

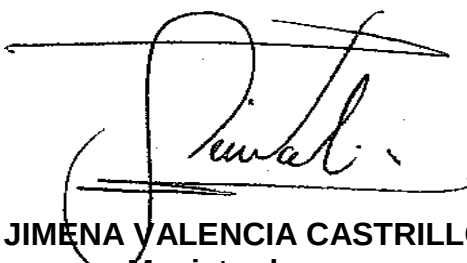
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones, la suma de \$1.160.000.



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

RADICADO	1001310502320210047701
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MIGUEL ARCÁNGEL CHARRUA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de mayo 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 **Miguel Arcángel Charrua** que se **declare** la nulidad 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 S.A., por la omisión del deber de información en el que incurrió este fondo privado al momento en que se efectuó tal cambio de régimen. En consecuencia, que se **condene** a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses y los gastos de administración, junto con los rendimientos causados; que se ordene a Colpensiones tramitar el recaudo de estos dineros; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 01 carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló que nació el 14 de mayo de 1961; que cotizó al sistema general de pensiones desde el año 1986; que en el año 1995, un asesor comercial de Porvenir S.A. acudió a las instalaciones de su empleador, pero no le brindó una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen; que el 27 de noviembre de 1995, presuntamente efectuó el traslado al RAIS con Porvenir S.A.; que según la historia laboral de Porvenir S.A. había cotizado al RPM 236,7 semanas, mientras que en la de Colpensiones, se registraba un total de 283,86 semanas; que según los reportes de Colpensiones, estuvo afiliado al RPM hasta el mes de octubre de 1996.

Manifestó que, Porvenir S.A. le efectuó una proyección pensional el 26 de mayo de 2021, en la que se consignaba como posible monto de la mesada pensional un salario mínimo legal mensual vigente, mientras que de haber permanecido en el RPM su mesada equivaldría al 70% de su IBL, valor significativamente superior; que los días 04 de mayo y 06 de agosto de 2021, presentó solicitudes de nulidad del traslado y de retorno al RPM, ante Porvenir S.A. y Colpensiones, las cuales fueron despachadas desfavorablemente por ambas entidades.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (fº 2 a 19 archivo 06, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el demandante nació el 14 de mayo de 1961; que desde 1986, ha realizado cotizaciones al Sistema General de Pensiones; que el 27 de noviembre de 1995, se trasladó al RAIS administrado por Porvenir S.A. Indicó que era cierto que según la historia laboral de Colpensiones, el actor cuenta con 283,86 semanas de cotización en el RPM; que la última cotización efectuada en este régimen fue para el mes de octubre de 1996; que el 06 de agosto de 2021, efectuó solicitud de nulidad del traslado al RAIS y consecuente retorno al RPM, la cual fue despachada desfavorablemente por esta entidad.

Como excepciones de mérito, propuso las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, imposibilidad de declarar la nulidad y/o ineficacia del 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,

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, imposibilidad de declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen y la innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (f° 2 a 25 archivo 07, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el demandante nació el 14 de mayo de 1961; que de conformidad con la historia laboral de Porvenir S.A. este contaba con un total de 1.835 semanas cotizadas en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones. Finalmente, el 04 de mayo de 2021, el actor efectuó ante Porvenir S.A. solicitud de nulidad del traslado al RAIS y consecuente retorno al RPM, la cual fue despachada desfavorablemente por esta entidad.

Como excepciones de mérito, propuso 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 y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 06 de junio de 2022 (archivo 15 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado del demandante MIGUEL ARCÁNGEL CHAURRA, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver o trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante MIGUEL ARCÁNGEL CHAURRA, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen pensional, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.

TERCERO: DECLARAR que el demandante MIGUEL ARCÁNGEL CHAURRA, para efectos pensionales, se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, por las razones expuestas.

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

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

Para **fundamentar su decisión sostuvo** que, los afiliados al Sistema Pensional de Seguridad Social cuentan con el derecho de escoger libremente el régimen al que deseen pertenecer, conforme lo preceptúa el literal e) del artículo 13 Ley 100 de 1993; que el artículo 1604 Código Civil, consigna que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, de manera que al ser las administradoras de fondos de pensiones las que deben cumplir con el deber de información, a ellas les corresponde acreditar tal cumplimiento.

Advirtió que, como pruebas documentales referentes a la afiliación del demandante al RPM y posterior traslado al RAIS, se encontraban el reporte de las semanas cotizadas expedido por Colpensiones, el formulario de afiliación a Porvenir S.A., historia laboral consolidada y el certificado de SIAFP, de las cuales se establecía que el demandante estuvo afiliado al RPM entre el 26 de mayo de 1986, al 30 de noviembre de 1995, momento en el que decidió trasladarse a la AFP Porvenir S.A. con fecha de efectividad del 01 de diciembre de 1995.

Resaltó que, en relación con la obligación de debida asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha efectuado múltiples pronunciamientos en los que ha concluido que es deber de estas entidades brindar una información completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que conllevaría dejar régimen anterior y las posibles consecuencias futuras. Expuso que, la sentencia fundacional de esta línea jurisprudencial data del año 2008; que sus lineamientos que se han confirmado en sentencias más recientes como la SL4964-2018 y la SL146- 2019, de las cuales el Juez extrajo las siguientes subreglas: i) que las administradoras de fondos de pensiones tienen la obligación de brindar una información, completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que conllevaría dejar régimen anterior y las posibles consecuencias futuras; ii) que en esta clase de procesos opera la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado y iii), por último, que es procedente declarar la ineficacia traslado estando o no frente al beneficio de la transición o estando o no próximo a pensionarse.

Afirmó que, en el caso que nos ocupa no existía material probatorio suficiente para acreditar que al demandante sí se le hubiese suministrado la información necesaria y relevante, hecho positivo que debía ser demostrado por Porvenir S.A. por

operar en este caso la inversión de la carga de la prueba, conforme lo indicado anteriormente. En este sentido, determinó que a esta AFP le correspondía acreditar que en efecto existió la explicación debida sobre las redes implicaciones generaría el cambio de régimen, pese a ello, los únicos elementos de juicio allegados fueron las historias laborales y el formulario de afiliación, los cuales por sí solos, resultaban insuficientes para cumplir con la carga probatoria, tal y como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia y el Decreto 663 de 1993. Adujo que, no era posible establecer que para el año 1995, el actor hubiese recibido una información completa, veraz, precisa y necesaria. Además, resaltó que del interrogatorio de parte del demandante no se desprende confesión alguna que dé cuenta de que éste hubiese recibido asesoría o información en los parámetros previamente señalados que le permitiera conocer las características de cara régimen y le hubiese garantizado tomar una decisión debidamente informada.

Concluyó que, lo procedente era acceder a las pretensiones de la demanda y, por tanto, declarar la ineficacia del traslado que la demandante efectuó del RPM al RAIS administrado inicialmente por Porvenir S.A.; que dicho fondo de pensiones debía trasladar a Colpensiones todos los dineros que hubiesen recibido con ocasión de la afiliación de la demandante junto con los rendimientos causados y pagados a cada administradora, sin la posibilidad de descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto dadas las consecuencias de la ineficacia declarada.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, en el que solicitó que se revocara en su integridad la sentencia de primera instancia argumentando que el Juez no tuvo en cuenta que, para la fecha en que el demandante solicitó su traslado, la Ley sólo exigía a las AFP trasladar al afiliado una información genérica, lo cual se había cumplido a través del formulario de afiliación; que el Juez no tuvo en cuenta que la principal queja del demandante radicaba en que su pensión se desmejoraría de permanecer en el RAIS, cuestión sobre lo cual el demandante ni siquiera tenía claridad. Destacó que, aunque el Colpensiones no tuvo injerencia en el acto de traslado, la existencia de la firma del formulario daba cuenta de la voluntad del actor y que, por tanto, Colpensiones partía de la buena fe; que Colpensiones no debía asumir las consecuencias de actos jurídicos celebrados por terceros y que resultaba contradictorio que se le habilitara para cobrar perjuicios contra Porvenir S.A. y a renglón seguido se le condenara en costas.

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación, en el que solicitó que se revocara en su integridad la sentencia de primera instancia argumentando que, aunque no desconocía el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Suprema de Justicia para casos de ineficacias de traslados, el Juez sí omitió tener en cuenta que tal precedente no se aplicaba de manera homogénea en todos aquellos procesos en donde se solicitara, pues debía una similitud en las condiciones fácticas, cuestión que en este caso no se presentaba, como quiera que el demandante sí realizó válidamente su traslado del régimen pensional a través Porvenir S.A., en el año 1995, toda vez que este adoptó una decisión ajustada a ley, de manera libre y voluntaria. Cuestionó además que, no se tuvo en cuenta que para la fecha en que se efectuó el traslado, el cumplimiento del deber de información se agotaba con el diligenciamiento del formulario de afiliación, por ser lo único que exigía la Ley.

Frente a la condena de reembolsar gastos de administración, dijo que no resultaba coherente que se declarara la ineficacia en unos sentidos y en otros no, como quiera que el efecto de dicha figura era que el negocio no se había celebrado jamás, en este sentido, se debía entender que los frutos dados o rendimientos generados por la gestión de Porvenir S.A. no se generaron, por lo que era procedente ordenar el reembolso de estos valores. Destacó también que, al ser los rendimientos financieros exclusivos del RAIS, ello significaría que no se generarían en el RPM, por lo que no deberían ser devueltos.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir S.A. y por 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 S.A., fue ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los todos aportes realizados por el actor en el RAIS, junto con los gastos de administración y demás deducciones.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor Miguel Arcángel Charrua nació el 14 de mayo de 1961 (f°4 archivo 03 carpeta 1ª inst. exp. digital); *ii)* que se afilió al ISS desde el 26 de mayo de 1986, hasta el 30 de noviembre de 1995, cotizando 283,86 semanas (f°63-65 archivo 06 – f°106 archivo 07 carpeta 1ª inst. exp. Digital) y *iii)* que el 27 de noviembre de 1995, solicitó el traslado al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Porvenir S.A., el cual se hizo efectivo a partir del **1° de diciembre de 1995** (f°106 archivo 07 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 SL1055-2022, en la que se expuso:

Pues bien, es menester recordar que la Corte ha precisado de manera pacífica y reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP 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, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464- 2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).

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).

Ahora bien, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993 se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, 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- y el parágrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: «*PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.*»

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

Conforme lo anterior, la AFP Porvenir 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, 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 punto y como se puede dilucidar de lo dicho hasta el momento, frente al reparo formulado por Porvenir S.A. y por Colpensiones según el cual para la fecha en que el demandante llevó a cabo el traslado al RAIS no le era exigible a esta administradora suministrar la información con el detalle que se requiere, esta Sala indica que no está llamado a prosperar, pues, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993 se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, 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- y el parágrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: *«PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses»*

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. Sobre el particular, cabe traer a colación lo establecido por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia SL1729-2022:

Ahora bien, y contrario a lo afirmado por el ad quem, las alusiones y afirmaciones que giran en torno a la profesión de la demandante no tienen asidero en este tipo de controversias, pues, como ha sido reseñado por esta Sala, ni aun trabajando en el sector, los profesionales financieros tienen el conocimiento, la experiencia y la comprensión sobre el sistema pensional, y a partir de ello no podría colegirse que se excluya del deber del fondo de pensiones la obligación de brindar información sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, y las consecuencias del traslado (CSJ SL3349-2021).

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

Ahora, no queda duda alguna que dichos valores deben ser indexados, como quiera que, por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta pérdida, de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual del actor generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación.

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 esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad, 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 del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

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 como tampoco las consecuencias económicas que esta declaración se derivan (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 lo respecta al reparo formulado por la parte Colpensiones, encaminado que se revoque la condena en costas de primera instancia a esta entidad como quiera que no participó en el acto declarado ineficaz, advierte esta Sala que no le asiste razón al recurrente, pues de conformidad con el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso aplicable en materia laboral por analogía conforme a lo artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, esta condena debe ser impuesta a la parte vencida en el proceso, que en este caso, evidentemente, además de Porvenir S.A., fue Colpensiones en tanto ninguna de las excepciones formuladas prosperó.

De igual forma, se condenará en costas en segunda instancia a Colpensiones y a Porvenir S.A. por no haber prosperado el recurso formulado en contra de la sentencia de primera 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,

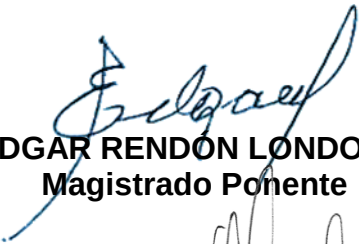
RESUELVE:

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

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas **COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones y de Porvenir S.A., la suma de \$1.160.000.



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

RADICADO	110013105023202200083-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MYRIAM GÓMEZ COLMENARES
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de mayo 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 **MYRIAM GÓMEZ COLMENARES** se **declare** nulo el traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. por la omisión del deber de información. Como consecuencia de lo anterior, se le **condene** a esta a trasladar a Colpensiones, todas las cotizaciones que reposan en su cuenta de ahorro individual desde el 09 de junio de 1994, con sus respectivos rendimientos financieros, cuotas de administración y bono pensional; que se **ordene** a Colpensiones a reactivar la afiliación de la demandante, considerando que para los efectos legales siempre ha estado vinculada al RPM, y se proceda a recibir los aportes y rendimientos devueltos, actualizar y corregir la historia laboral; que se **condene** a las demandadas a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 2 de abril de 1967; que se afilió al ISS el 27 de julio de 1987, que el 09 de junio de 1994, se trasladó a la AFP Colpatria S.A., pero que

los asesores de esta omitieron el deber de información, pues no le explicaron las desventajas y consecuencias del traslado, ni el monto de capital que debía acreditar en su cuenta de ahorro para obtener una pensión de vejez y mucho menos anticipada, ni le realizaron ningún tipo de cálculo actuarial estimativo que le permitiera advertir el monto de la mesada pensional; que por el contrario le afirmaron que ISS se iba a acabar y que perdería su derecho pensional.

Narró que, el 10 de diciembre de 2021, presentó reclamación administrativa ante Colpensiones, quien le contestó que no la podía trasladar de régimen porque estaba a menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; que Porvenir le realizó una simulación pensional informándole que a sus 57 años de edad tendría derecho a una mesada pensional de aproximadamente \$1.007.599, mientras que a esa misma edad en el RPM sería de \$3.773.841.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 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 actora; que se vinculó al ISS; que se trasladó al RAIS; que agotó la reclamación administrativa; frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle. Como excepciones de mérito, propuso las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, contestó (archivo 05, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el traslado al RAIS se realizó el 09 de junio del año 1994, con fecha de inicio de efectividad el 01 de julio de ese mismo año; frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no ser ciertos. Aclaró que, el traslado al RAIS de la actora fue producto de su voluntad y la decisión fue libre e informada después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales en este, tal como se apreciaba en la solicitud de vinculación - documento público- en el que se observaba la declaración escrita a que se refería el

artículo 114 de la Ley 100 de 1993, el cual se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT; que las condiciones, características, ventajas y desventajas del RAIS se encontraban establecidas en la Ley 100 de 1993, por lo que la actora podía validarlas en cualquier momento.

Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 26 de agosto de 2022 (archivo 14-15 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de Régimen Pensional de la demandante MYRIAM GÓMEZ COLMENARES, al régimen de ahorro individual administrado por la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación traslado de la demandante MYRIAM GÓMEZ COLMENARES, junto con los rendimientos que se hubieren causado y pagado a dicha administradora, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia del traslado de Régimen Pensional, los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados.

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

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

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

Para **Fundamentar su decisión** sostuvo que los afiliados al Sistema Pensional de Seguridad Social cuentan con el derecho de escoger libremente el régimen al que deseen pertenecer, conforme lo preceptúa el literal e) del artículo 13 Ley 100 de 1993. Sostuvo igualmente que el artículo 1604 Código Civil, consigna que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, de manera que al ser las administradoras de fondos de pensiones las que deben cumplir con el deber de información, a ellas les corresponde acreditar tal cumplimiento.

Resaltó que, en relación con la obligación de debida asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha efectuado múltiples pronunciamientos en los que ha concluido que es deber de estas

entidades brindar una información completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que conllevaría dejar el régimen anterior y las posibles consecuencias futuras. Expuso que, la sentencia fundacional de esta línea jurisprudencial data del año 2008; que sus lineamientos que se han confirmado en sentencias más recientes como la SL4964-2018 y la SL146-2019, de las cuales el Juez extrajo las siguientes subreglas: *i)* que las administradoras de fondos de pensiones tienen la obligación de brindar una información, completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que conllevaría dejar el régimen anterior y las posibles consecuencias futuras; *ii)* que en esta clase de procesos opera la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado y *iii)*, por último, que es procedente declarar la ineficacia traslado estando o no frente al beneficio de la transición o estando o no próximo a pensionarse.

Determinó que, aunque en el presente asunto la demandante no era beneficiaria del régimen de transición, lo cierto era que, en todo caso, era posible cuestionar la validez del traslado si la administradora de fondo de pensiones no brindó una información completa, comprensible y oportuna respecto de las características de los regímenes pensionales, pues ello le habría impedido al demandante escoger la opción que más le convenía de acuerdo con su situación personal.

Expuso que, en este caso no existía material probatorio suficiente para acreditar que a la demandante sí se le hubiese suministrado la información necesaria y relevante, hecho positivo que debía ser demostrado por Porvenir S.A. por operar en este caso la inversión de la carga de la prueba, conforme lo indicado anteriormente. En este sentido, determinó que a esta AFP le correspondía acreditar que en efecto existió la explicación debida sobre las reales implicaciones que generaría el cambio de régimen y que los únicos elementos de juicio allegados fueron los formularios de vinculación, documentos que, por sí solos, resultan insuficientes para cumplir con la carga probatoria, tal y como lo había señalado la Corte Suprema de Justicia y el Decreto 663 de 1993. Además, resaltó que del interrogatorio de parte de la demandante no se desprende confesión alguna que diera cuenta de que ésta hubiese recibido asesoría o información en los parámetros previamente señalados que le permitieran conocer las características de cara régimen y le hubiese garantizado tomar una decisión debidamente informada.

Concluyó que, lo procedente era acceder a las pretensiones de la demanda y, por tanto, declarar la ineficacia del traslado que la demandante efectuó del RPM al RAIS administrado inicialmente por Colpatria hoy Porvenir S.A. quien debía trasladar a Colpensiones todos los dineros que hubiesen recibido con ocasión de la afiliación del demandante junto con los rendimientos causados, sin la posibilidad de descuento alguno,

ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto dadas las consecuencias de la ineficacia declarada.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR** interpuso recurso de apelación de forma parcial frente al numeral segundo del resuelve de la decisión de primera instancia, en el sentido de que no se ordene el traslado de los gastos de administración a Colpensiones, porque esto configuraría un enriquecimiento sin causa en su favor, en la medida que no existía norma que dispusiera ello, por el contrario el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, establecía que cuando el traslado se producía del RAIS al RPM, se debía transferir a este último el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos, que se acreditaran en términos de semanas cotizadas, de acuerdo con el salario base de cotización.

Insistió en que, los gastos de administración no están destinados a financiar la pensión de vejez, sino a cubrir la gestión del fondo privado en la administración de su capital, lo que finalmente genera los rendimientos financieros; agregó que, los descuentos para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, gastos de administración, prima de reaseguros de Fogafín, y primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, estaban autorizados por la ley, y devolverlos a Colpensiones afectaría el patrimonio de Porvenir; además que, estos estaban sujetos al término prescriptivo.

Consideró que, al devolverse los rendimientos financieros generados en el RAIS, compensa los conceptos referidos con su indexación.

COLPENSIONES impetró recurso de apelación, indicando que si bien desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio el traslado de régimen pensional, si se evidenciaba que para 1994, cuando esta se vinculó al RAIS, la AFP estaba imposibilitada para realizarle una proyección pensional, porque no se podía prever a futuro sus salarios, ascensos, o situaciones como desempleo, que por el contrario era la actora quien debía estar pendiente de su futuro pensional antes de incurrir en la prohibición legal de que trataba el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Sostuvo que, recibir en el RPM a una persona que llevaba muchos años sin aportar a este, iban en detrimento de los dineros de ese sistema, por lo que consideraba que no se le debía condenar a activar su afiliación en el RPM.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por 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 la demandante a través de la AFP Colpatria hoy Porvenir, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los 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 MYRIAM GÓMEZ COLMENARES nació el 20 de abril de 1967 (f.º 57, archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que aportó al ISS desde el 17 de julio de 1989, hasta el 31 de diciembre de 1994 (f.º 261-272, archivo 05 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital) y *iii)* que el **09 de junio de 1994**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Colpatria hoy Porvenir (f.º 86 archivo 05 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital), AFP en la que permanece hasta la actualidad.

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 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 –**09 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 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 suscrito el 09 de junio 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).

Tampoco puede admitirse que actualmente está inmerso en la prohibición legal de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y que por ello no es dable declarar la ineficacia, porque esta se generó al momento del traslado inicial año 1994, y recuérdese que la ineficacia es insubsanable (sentencia CSJ SL1688-2019).

Debe hacerse claridad además en que, los fondos privados tienen libertad probatoria para probar que el consentimiento del afiliado vertido en el formulario de afiliación **fue informado**, es decir, puede hacerlo a través de cualquier medio de prueba conforme lo establecido en el Código General del Proceso, por ende, resulta equivocado señalar que a las AFP se les está imponiendo obligaciones que no estaban previstas en el ordenamiento jurídico al momento del traslado, máxime que el deber de información nació desde la creación del RAIS, y era a los fondos privados como expertos en la materia a quienes le correspondía tener los archivos de la documentación soporte del traslado, pero aquí Porvenir no demostró siquiera que hubiese entregado la información básica.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones no probó que hubiese cumplió con el deber de información, 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**, 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 09 de junio de 1994 al RAIS a través de la AFP Colpatria hoy 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 del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

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

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

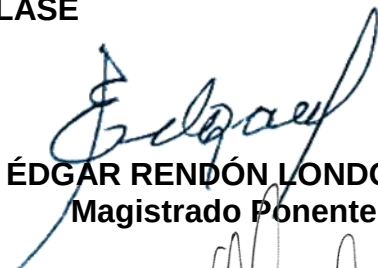
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

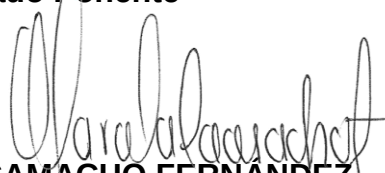
RESUELVE:

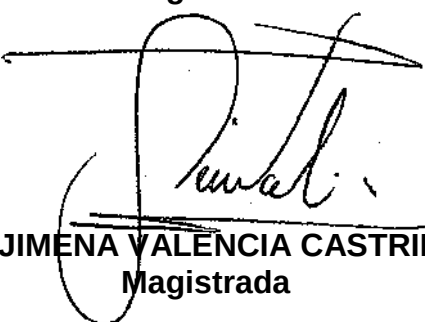
PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

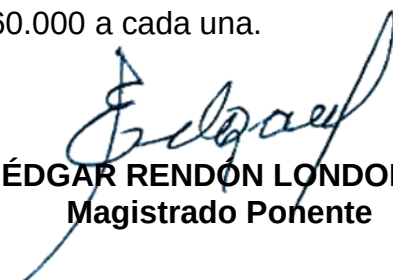

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente


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 Porvenir S.A. y Colpensiones, la suma de \$1.160.000 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

RADICADO	110013105024202100461-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ANTONIA AGREDA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de mayo 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 **ANTONIA AGREDA** 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 la AFP Porvenir S.A. por la omisión del deber de información. Como consecuencia de lo anterior, se le **condene** a esta a trasladar a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, y con los rendimientos que se hubieren causado; que se **ordene** a Colpensiones a reactivar la afiliación de la demandante, considerando que para los efectos legales siempre ha estado vinculada al RPM, y se proceda a recibir los aportes y rendimientos devueltos, actualizar y corregir la historia laboral; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que estuvo afiliada al ISS del 01 de marzo de 1995, al 31 de octubre de 1998, donde acumuló 184 semanas; que en octubre de 1998, cuando laboraba para el Ministerio de Educación nacional, los asesores de la AFP Porvenir S.A., le presentaron el nuevo régimen pensional, y le aseguraron que el ISS se iba a acabar y perdería lo cotizado hasta ese momento, además le informaron que en el RAIS tendría mayores rendimientos, que podría pensionarse de manera anticipada, y que no le comunicaron que tenía derecho al retractor.

Narró que, en febrero de 2021, radicó derecho de petición ante Colpensiones y la AFP Porvenir solicitando la nulidad del traslado al RAIS y el retorno al RPM, pero que ambas entidades le negaron dicha pretensión; que conforme la simulación pensional realizada por Porvenir su mesada pensional en el RAIS sería de \$908.526 y en el RPM de \$4.085.092.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 08, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la vinculación de la actora al ISS, la cantidad de semanas allí aportadas y que presentó la petición referida; frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle. Como excepciones de mérito, propuso las de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto a la solicitud de reconocimiento pensional, 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 de Colpensiones, 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 SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., contestó (archivo 07, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el traslado al RAIS se realizó el 18 de agosto de 1998, con efectividad a partir del 1º de octubre de ese mismo año; que radicó petición, la cual se negó; frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no ser ciertos. Aclaró que, informó a la actora de manera completa y suficiente acerca de las características y beneficios que componían

al RAIS para que tomara una decisión libre y voluntaria acerca del fondo que más se adaptara a sus intereses.

Como excepciones de mérito, propuso 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 Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 10 de agosto de 2022 (archivo 14-15 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la señora ANTONIA AGREDA al RAIS a través de la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., la cual se hizo efectiva a partir del 1° de octubre de 1998, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora ANTONIA AGREDA nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, contrario a ello, siempre estuvo en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

TERCERO: Ordenar a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a traslada a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la señora ANTONIA AGREDA, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto significa que se debe trasladar lo que la demandante tenga en su cuenta de ahorro individual o al momento que se haga efectivo el traslado, junto con lo que haya deducido por concepto de gastos de administración y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado con cargo a sus propias utilidades y como se expuso en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a recibir a la señora ANTONIA AGREDA como su afiliada, actualizar y corregir la historia laboral una vez sean recibidos los dineros que le debe trasladar la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

QUINTO: DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por la pasiva.

SEXTO: Sin condena en costas.

Para Fundamentar su decisión, refirió que se acogía al amplio criterio jurisprudencial sobre la materia, indicando que con la Ley 100 de 1993, surgieron dos regímenes pensionales excluyentes entre sí, uno el RPM y el otro el RAIS, dando al afiliado la oportunidad de elegir libremente a cuál deseaba pertenecer, y la opción de pasar de uno a otro cada determinado tiempo, advirtiéndole que cuando le faltaren 10 años o menos para la edad mínima de pensión, no podría cambiar de régimen.

Indicó que, se remitía al artículo 97 del Decreto 663 de 1993, vigente para la época en que la demandante efectuó su traslado al RAIS, el cual disponía que las AFP

debían suministrar a sus usuarios 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, lo que implicaba hacer una *«descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda 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»* (sentencia CSJ SL3035-2021), pues estas desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tenían 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.

Sostuvo que, ese deber de información no se entendía satisfecho con la 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 plasmada en el formulario de afiliación, porque no se trataba de adherirse a una preforma, sino que en verdad su consentimiento fuese informado. Agregó que, eran las AFP quien tenían la carga de demostrar que suministró la asesoría en forma correcta, pues estaba en su cabeza la obligación de cumplir diligentemente con el deber de información, permitiendo al potencial afiliado comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

Expuso que, la actora el 18 de agosto de 1998, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir, entidad esta última que no logró acreditar el cumplimiento del deber de información pues dicho documento se reflejaban una manifestación libre y voluntaria, pero no un consentimiento informado porque no se probó que información fue la que se le brindó en ese instante a la actora, por ende, declararían ineficaz el traslado de régimen pensional, con todas las consecuencias jurídicas que ello implicaba.

En cuanto a la excepción de prescripción, señaló que dicho derecho era imprescriptible, en tanto se trataba de una pretensión meramente declarativa y los derechos que surgen de ella tienen igual connotación, como los son los gastos de administración, toda vez que los mismos formaban parte inescindible del derecho irrenunciable a la seguridad social.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR** interpuso recurso de apelación argumentando que no desconoce que existe una línea jurisprudencial sobre la ineficacia del traslado, pero que esta no podía ser aplicada de forma automática, sino que debía mirarse cada caso en concreto, que en este asunto la señora Agreda se trasladó al RAIS de forma válida, libre, y voluntaria cumpliéndose con las cargas impuestas a las AFP para el año 1998; que los términos tan rigurosos hoy exigidos a los fondos solo fueron regulados con posterioridad, por lo que las condenas a su cargo lo que hacían era desconocer la irretroactividad de la ley y la seguridad jurídica.

Insistió en que, la demandante admitió que al momento de su traslado conocía de una cuenta de ahorro individual a su nombre, que se generarían rendimientos financieros, de la posibilidad de la pensión anticipada, e incluso hablo del registro de sus beneficiarios, por lo que solicitaba valorar con suficiencia esa confesión; agregó que la actora había aceptado que no había realizado preguntas, por lo que prefirió conformarse con lo señalado por los asesores de Porvenir, además que esta también había confesado que recibió una asesoría, lo que implicaba que esa AFP si cumplió con su deber de información, y que por el contrario fue la promotora del litigio quien incumplió con las obligaciones que tenía en su cabeza de informarse, valorar sus decisiones y ejercer sus derechos dentro de los términos de ley, y que no se podía premiar su actitud pasiva.

Respecto de la devolución de los gastos de administración, señaló que los efectos de la ineficacia debían aplicarse de forma íntegra, por ende, si el traslado al RAIS no existió los rendimientos financieros tampoco, además, que los rendimientos generados en el RAIS eran superiores a los que se hubiesen podido causar en el RPM, por lo que solo estaría obligado a devolver los causados en este último régimen.

Refirió que esos gastos de administración, tienen una destinación específica por virtud de la ley, la cual fue cumplida plenamente por esa AFP, los que ya no están en su poder porque fueron invertidos en Fondo de Garantía de Pensión Mínima, en la administración de los recursos, en la prima de reaseguros de Fogafín, y en las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes; y no están destinados a financiar la pensión de vejez; además que, al retornar a Colpensiones los rendimientos financieros estos se encuentran más que cubiertos.

COLPENSIONES impetró recurso de apelación solicitando se revoquen la decisión, porque en este asunto si se había demostrado que a la actora se le había

entregado una información previa a su traslado al RAIS, pues en el interrogatorio de parte ella había confesado que si la ilustraron sobre las características del RAIS.

Sostuvo que, para Colpensiones era imposible aceptar su traslado del RAIS al RPM porque ella se encontraba inmersa en la prohibición de traslado de régimen prevista en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por 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 la demandante a través de la AFP Porvenir, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los 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 ANTONIA AGREDA nació el 12 de marzo de 1967 (f.º 46, archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que aportó al ISS desde el 1º de marzo de 1995, hasta el 30 de agosto de 1998 (f.º 59-61, archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *iii)* que el **18 de agosto de 1998**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir (f.º 27 archivo 07 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital), AFP en la que permanece hasta la actualidad.

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

Conforme lo anterior, la AFP Porvenir 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 18 de agosto 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).

Y del interrogatorio de parte rendido por la actora, advierte la Sala que una vez escuchado el audio en su integridad se encontró que la señora Antonia Agreda realizó el cambio de régimen pensional (18/08/1998), cuando estaba trabajando en el Ministerio de Educación Nacional, a donde llegaron un grupo de asesores de Porvenir, los reunieron promoviendo la afiliación a esa AFP, afirmando que el ISS se iba a acabar; que estaba en crisis; que por ello sus afiliados estaban en incertidumbre de lo que iba a pasar con su pensión; que no hizo preguntas porque los asesores le explicaron que ella iba a tener una cuenta propia de ahorro; que se iba a poder pensionar antes o más joven; que sus cotizaciones generarían unos intereses; que lo que a ella le llamó la atención fue que le dijeron que le iban a prestar toda la asesoría y lo que requiriera, además del traslado de sus aportes del ISS; que no iban a tener dificultad hacia el futuro; que leyó y firmó el formulario de manera libre y voluntaria; que dio los datos de su esposo e hijos porque le preguntaron por los beneficiarios; que no le hablaron del derecho de retracto; que no ha hecho aportes voluntarios; que desde 2019, recibe extractos de su cuenta y en el mismo miraba las semanas cotizadas; que desconocía el régimen que administraba el ISS; que no intentó retornar al RPM; que lo que motivaba esta demanda es la cuantía de la pensión que Porvenir le reconocería, porque de haber sabido que sería inferior a su mínimo vital no se hubiese trasladado; que en el año 2018, recibió una llamada de una asesora quien le pintó un panorama muy crítico respecto del promedio de su mesada pensional, y que por ello se preocupó muchísimo y empezó a buscar ayuda para que le explicaran como era eso.

De lo anterior, no observa esta Colegiatura una confesión en los términos del artículo 191 del CGP, esto es, que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria, pues realmente lo que se evidencia, es que le indicaron de forma general que tendría una cuenta de ahorro individual; que esta generaría rendimientos financieros y podría acceder a una pensión anticipada de vejez sin explicarle cuales eran los requisitos para ello.

Por ende, no hay lugar a establecer que se hubiese dado una información adecuada, suficiente, clara, transparente y detallada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes

pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada modelo pensional, pues era deber u obligación de Porvenir dar a conocer toda la verdad objetiva de los dos regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro, circunstancias que en este puntual caso no se probaron.

Tampoco puede admitirse que actualmente está inmerso en la prohibición legal de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, mucho menos que no sea dable declarar la ineficacia, porque esta se generó al momento del traslado inicial año 1998, y recuérdese que la ineficacia es insubsanable (sentencia CSJ SL1688-2019).

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones no probó que hubiese cumplió con el deber de información, 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**, 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 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 Modificar y Adicionar el numeral tercero de la sentencia de primer grado, 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 aquellas, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte

de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

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

PRESCRIPCIÓN

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

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

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandada AFP Porvenir S.A. 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:

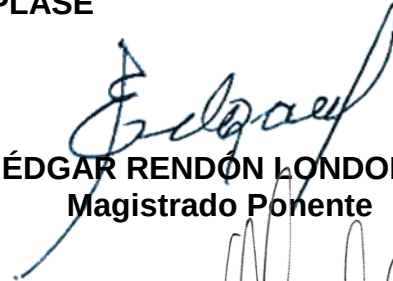
PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, 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. 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 Porvenir S.A. y Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



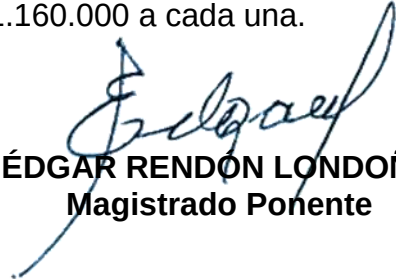
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones, la suma de \$1.160.000 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

RADICADO	110013105026201900674-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MARY STELLA FORERO
DEMANDADO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de mayo 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 **MARY STELLA FORERO** se **declare** la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a través de la AFP Porvenir, por omisión al deber de información; en consecuencia, se le **condene** a trasladar a Colpensiones todos los valores consignados en la 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, y a pagar cualquier diferencia económica que existiera para garantizar el pago de la pensión en aras de mantener la sostenibilidad financiera del sistema; que se **ordene** a Colpensiones tenerla como afiliada al RPM sin solución de continuidad, y a reconocerle una pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; que se **condene** a las demandadas en lo que resulte probado ultra y extra petita.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 88-109 archivo 1 carpeta 1ª inst exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 6 de mayo de 1955; que cotizó al ISS para los riesgos de IVM, que el 29 de abril de 1997, se trasladó al RAIS con la AFP Porvenir mediante la suscripción de un formulario de afiliación que contiene varias enmendaduras las cuales ella no autorizó, y que para esa data era beneficiaria del régimen de transición.

Narró que, el asesor de Porvenir SA, no cumplió con los requisitos mínimos para efectuar el cambio de régimen pensional, que a ella no le informaron en qué consistía el régimen de transición ni que al trasladarse estaba renunciando a él y al régimen de prima media, y tampoco le explicaron cuáles serían las consecuencias de esa decisión; que no le entregaron información clara, completa y cierta acerca de los dos regímenes pensionales; y que el fondo privado procedió al traslado al RPM en cumplimiento de una sentencia de tutela 2013-812 emitida por el Juzgado Cuarto Civil de Circuito de Bogotá.

Refirió que, Colpensiones le negó el derecho a pensión de vejez bajo el régimen de transición en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, porque debido a su traslado al RAIS perdió ese beneficio; que solicitó ante Porvenir y Colpensiones la nulidad del traslado al RAIS, agotando así el requisito de procedibilidad; y que cumple con lo exigido en el Acuerdo 049 de 1990 para acceder a la pensión de vejez.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 116-127 archivo 1 carpeta 1ª inst 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, que se trasladó al RAIS, que negó el derecho a la pensión de vejez bajo el régimen de transición porque debido a su traslado al RAIS perdió ese beneficio, 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 y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y la innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (f.º 162-176 archivo 1 carpeta 1ª inst, exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora; que estuvo vinculado inicialmente al RPM, que mediante orden de tutela la retornó al RPM; que presentó petición de nulidad de traslado; frente a los demás, indicó a unos que no le constaban por corresponder a un

tercero, o que no eran ciertos. Aclaró que, la actora realizó el traslado al RAIS a través de la AFP Colfondos donde permaneció entre el 15 de julio de 1994, y el 31 de mayo de 1995; que luego pasó a Porvenir donde estuvo desde el 29 de abril de 1997, hasta el 31 de enero de 2014; que por virtud de la orden de tutela trasladó los aportes de la actora a Colpensiones; que no tuvo injerencia alguna en el cambio de régimen pensional, que solo realizó el traslado horizontal el cual se hizo de forma libre, voluntaria y sin presiones, además de estar precedido de toda la información suficiente para obtener un consentimiento informado.

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

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS celebrada el 3 de abril de 2021, al sanear el proceso ordenó vincular a la AFP Colfondos a la Litis, entidad que una vez notificada indicó (f.º 225-250 archivo 1 carpeta 1ª inst, exp. digital), que se oponía a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, señaló que no le constaban por corresponder a terceros o que no eran ciertos. Aclaró que, le brindó una asesoría integral sobre las condiciones, requisitos, ventajas y desventajas de cada régimen pensional, incluyendo una asesoría sobre bonos pensionales y a portes voluntarios a pensiones; que agotó todos los requisitos legales y exigibles por la Ley para suministrarle información eficaz, oportuna, y clara, y que siempre le dio la posibilidad de comunicarse con la entidad por sus canales electrónicos, además que mensualmente le enviaba los extractos de la cuenta de ahorro individual.

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

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 22 de septiembre de 2022 (archivo 12-13 exp. digital), resolvió:

PRIMERO. DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la señora MARY STELLA FORERO, identificada con cédula de ciudadanía 41.686.096, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR a las Administradoras de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual PORVENIR y COLFONDOS, a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por demandante.

Como quiera que en el presente ya se trasladaron, deberán transferir a COLPENSIONES los dineros descontados por gastos de administración, primas de seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia, y lo destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a dichos fondos pensionales, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES para que acepte dichas transferencias, y las contabilice en la cuenta pensional de la demandante.

CUARTO. CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor de la demandante MARY STELLA FORERO, de conformidad con el Decreto 758 de 1990, a partir del primero (1º) de mayo de 2013, siendo ajustado el valor a la mesada pensional al valor de Un Salario Mínimo Mensual Legal Vigente (1 SMMLV), de conformidad con lo establecido en el Artículo 48 de la Constitución Política, con trece (13) mesadas al año, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO. DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de Prescripción, respecto a las mesadas pensionales de la demandante, y no probada la excepción de Prescripción respecto a la ineficacia, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO. CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES al reconocimiento y pago del retroactivo pensional a favor de la señora MARY STELLA FORERO, respecto a las mesadas pensionales generadas desde el once (11) de octubre de 2014 hasta el treinta (30) de agosto de 2022, en la suma de OCHENTA MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS (\$80'277.354), valor del cual se autoriza a COLPENSIONES a descontar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, que equivalen a la suma de DIEZ MILLONES TREINTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS (\$10'034.669), arrojando un total de retroactivo a pagar de SETENTA MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS (\$70'242.685), suma que deberá ser debidamente indexada al momento de su pago, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO. ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO. CONDENAR en costas de esta instancia a los fondos de pensiones COLFONDOS, PORVENIR y COLPENSIONES, a razón de un veinticinco por ciento (25%) a cargo de COLFONDOS, un veinticinco por ciento (25%) a cargo de PORVENIR, y en cincuenta por ciento (50%) a cargo de COLPENSIONES, fijándose como agencias en Derecho la suma de DOS MILLONES DE PESOS (\$2.000.000).

Fundamentó su decisión, en que, el juez de tutela había ordenado a al ISS realizar los trámites necesarios ante la AFP Porvenir para que esta trasladara a la aquí demandante a Colpensiones junto con sus aportes, lo cual se había cumplido en enero de 2014, pero que el juez constitucional no había decidido nada respecto de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS; y que se encontraba probado que la actora había solicitado ante Colpensiones la pensión de vejez, pero que le había sido negado

por no cumplir con los requisitos para ello, y porque no era beneficiaria del régimen de transición porque al haberse trasladado al RAIS había perdido ese beneficio.

Refirió que, la Corte Suprema de Justicia al analizar un caso de similares contornos en la sentencia SL2929-2022, en donde la actora había retornado al RPM en virtud de una orden de tutela, esa corporación había determinado que cuando se prueba que el cambio de régimen pensional no estuvo precedido del cumplimiento del deber de información, se debía declarar la ineficacia del traslado y aplicar las consecuencias propias de esa decisión, esto es, que no hubo un traslado de régimen pensional, y por ello el afiliado siempre permaneció en el RPMPD y por ende conservó los beneficios del régimen de transición, tesis que consideró aplicable a este asunto, por lo que entró a analizar si las demandadas habían cumplido con el deber de información.

Señaló 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 15 de julio de 1994, había decidido trasladarse al RAIS a través de la AFP Colfondos, efectuando un traslado entre fondos privados a la AFP Porvenir el 29 de abril de 1997; que no obstante, 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, y que no obraba pruebas que dieran fe de que Colfondos y Porvenir le hubiesen explicado que era beneficiaria del régimen de transición, en qué consistía este, que de trasladarse al RAIS lo perdería y como influiría ello en su monto pensional, por ende, consideró que debía declararse la ineficacia de la afiliación de la señora Forero al RAIS.

Expuso que, condenaría a Colfondos y a Porvenir a devolver a Colpensiones los dineros descontados por gastos de administración, primas de seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia, y lo destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a dichos fondos pensionales, por cuanto al declararse la ineficacia del traslado debía entenderse que este nunca se dio.

Advirtió que, al tener a la demandante únicamente como afiliada al RPM, estudiaría su derecho pensional, encontrando que esta había nacido el 6 de mayo de 1955, por lo cual al 1° de abril de 1994, contaba con más de 35 años de edad, siendo beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Consideró que, en virtud de lo anterior, la norma que le era aplicable era el Acuerdo 049 de 1990, que exigía 55 años de edad para las mujeres y 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, o 1.000 semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Informó que, la actora cumplió 55 años de edad el 6 de mayo de 2010, y conforme la historia laboral emitida a septiembre de 2018, había cotizado hasta el 30 de abril de 2013, un total de 1.080,43 semanas en toda su vida laboral.

Expuso que, realizados los cálculos la promotora del litigio para el «25 de julio de 2005» (sic), contaba con un total de 755,57 semanas de cotización, por ende, su régimen de transición podía extenderse hasta el 31 de diciembre de 2014, conforme el Acto Legislativo 01 de 2005.

Indicó que, como la señora Forero había alcanzado la edad en el año 2010 y un total de 1.080,43 semanas al 30 de abril de 2013, tenía derecho a la pensión de vejez bajo los parámetros del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, estableciendo como tasa de reemplazo del 78% del IBL, pero que como quiera que ella cotizó durante los últimos 10 años sobre un SMMLV, su mesada se reconocería sobre ese valor y sobre 13 mesadas pensionales.

Concluyó que, declararía probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 11 de octubre de 2014.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación parcial únicamente frente a la condena en costas, pues considera que esta no es procedente porque siempre ha obrado conforme a la ley y a la jurisprudencia.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Colfondos, y posteriormente a otras AFP, es ineficaz por falta de información, y si el hecho de haber retornado al RPM, permite que sean trasladados a Colpensiones todos los aportes realizados por la actora en el RAIS, y se le reconozca la pensión de vejez, como beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora MARY STELLA FORERO nació el 06 de mayo de 1955; **ii)** que se afilió al ISS donde aportó desde el 14 de julio de 1975, al 30 de septiembre de 1994, según historia laboral expedida el 05 de septiembre de 2018 (carpeta 02, carpeta 1ª inst, exp. digital); **iii)** que el **15 de julio 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 1º de agosto de igual año; **iv)** que realizó un traslado horizontal a la AFP Porvenir el 29 de abril de 1997, el cual tuvo efectividad entre el 1º de junio de 1997 y el 31 de enero de 2014; **v)** que a partir de enero de 2014, retornó a Colpensiones por orden de un fallo de tutela emitido el 20 de noviembre de 2013 por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito que determinó que la actora era beneficiaria del régimen de transición y ordenó su traslado del RAIS al RPM; y **vi)** que Colpensiones mediante Resolución GNR331836 del 23 de septiembre de 2014, le negó el reconocimiento de la pensión de vejez porque no cumplía con los requisitos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y porque no era beneficiaria del régimen de transición, pues al haberse trasladado al RAIS había perdido ese beneficio, ya que no tenía más de 15 años de servicios o cotizaciones para el 1º de abril de 1994.

INEFICACIA DEL TRASLADO AL RAIS

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 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 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 S.A. suscrito el 15 de julio 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, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, como en el *sub lite* que la actora pasó de Colfondos a Porvenir, o porque le realizaron una reasesoría, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

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

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

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

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

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

Adicional a lo ya expuesto, se tiene que la promotora de este juicio retornó al RPM en enero de 2014, circunstancia que no impide la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen, porque esto no convalida ni ratifica su libertad informada en el momento previo de su traslado al RAIS, ni cierra el debate de los efectos jurídicos del traslado del RPM al RAIS.

Sobre este asunto en particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, también ha tenido la oportunidad de emitir pronunciamiento, tal y como lo sostuvo en la sentencia CSJ SL2929-2022, en donde dijo:

Precisamente en este asunto Colpensiones se negó a reconocerle a la demandante la pensión de vejez del Acuerdo 049 de 1990, bajo el argumento de que, si bien era titular del régimen de transición por edad y retornó al RPMPD en virtud de una orden de tutela, solo podían recuperar los beneficios del régimen de transición quienes a 1.º de abril de 1994 tuvieran 15 años o más de servicios cotizados; situación en la que aquella no se encontraba.

Sin embargo, en la medida que la ineficacia del cambio de régimen pensional implica que el afiliado nunca abandonó el RPMPD, ello significa a su vez que el traslado realizado hacia el RAIS no tiene relevancia jurídica, pues ha de entenderse que nunca ocurrió. En otros términos, el supuesto de hecho de los incisos 4.º y 5.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, conforme a los cuales quienes se trasladen voluntariamente al RAIS, a menos que tengan 15 años o más de servicios cotizados, pierden el régimen de transición (C-789-2002), no se configura cuando se declara la ineficacia del traslado, pues al amparo de esta figura ha de darse por sentado que las repercusiones jurídicas que se esperaban con la suscripción del traslado jamás ocurrieron, o lo que es igual, que el afiliado jamás se trasladó al RAIS. (Subrayado fuera del texto original).

Por este motivo, el argumento de la recurrente es atinado, toda vez que el Tribunal pese a comprobar el incumplimiento del deber de información y que lo pertinente era declarar que el acto de cambio de régimen pensional no produjo efectos, se sustrajo inexplicablemente de actuar de forma consecuente, esto es, de declarar la ineficacia del traslado y aplicar las consecuencias propias de esta decisión: que no hubo un traslado de régimen pensional, que por tanto la actora siempre permaneció en el RPMPD y por ende conservó los beneficios del régimen de transición. (Subrayado fuera del texto original).

En similar sentido se pronunció en la sentencia CSJ SL2159-2022, en donde se indicó:

Ahora bien, el Tribunal tampoco podía suponer que el retorno de la demandante al RPM – año 2005 - podía convalidar o ratificar su libertad informada en el momento previo de su traslado al RAIS – año 1998 -, pues, en primer lugar, desde el punto de vista fáctico, según el expediente administrativo cuya valoración se denuncia en el primer cargo, en conjunto con el interrogatorio de parte de la demandante, del que el Tribunal derivó una confesión, lo que demuestra dicha acción es que la afiliada intentó todas las acciones posibles para retornar al RPM, luego de advertir que su primer traslado al RAIS había sido un error desafortunado para sus intereses, que sacrificaba su derecho pensional con las condiciones del régimen de transición.

Es decir que, más que una ratificación de su voluntad de pertenecer al RAIS, con suficiente información sobre las consecuencias de esa medida, el retorno al RPM muestra es todo lo contrario, es decir, la intención desesperada de la actora de remediar un acto que en condiciones normales no hubiera consentido, por todas las graves consecuencias que le representaba.

Igualmente, desde el punto de vista jurídico, la consideración del Tribunal también resulta errónea pues, como se explicó en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, los traslados posteriores de un afiliado no pueden convalidar la actuación viciada en el traslado inicial, y como se ratificó en la sentencia CSJ SL1688-2019, las falencias en el suministro de información completa, veraz y efectiva sobre las consecuencias de un traslado, que pueden ocasionar su ineficacia, se deben examinar en el momento mismo del traslado y no con posterioridad.

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 Colfondos S.A. y a Porvenir S.A. a trasladar a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquellas, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a cada una de ellas.

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, para lo que se hace necesario recordar que la demandante en principio era beneficiaria del régimen de transición, en razón a su edad, ya que nació el 06 de mayo de 1955, y al 1° de abril de 1994, tenía 38 años de edad, por lo que esta Sala analizará si la actora 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 Decreto 758 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 MARY STELLA FORERO 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 33 archivo 1, carpeta 1ª inst exp. digital), donde se lee que la señora MARY STELLA FORERO nació el 06 de mayo de 1955, concluyendo que llegó a los 55 años de edad el mismo día y mes del año 2010.

2.- Que la actora cotizó al sistema general de pensiones entre el 06 de mayo de 1990 y el 06 de mayo de 2010 -20 anteriores a cumplir 55 años- las siguientes semanas, de conformidad con la historia laboral expedida por Colpensiones el 05 de septiembre de 2018 (carpeta 02, carpeta 1ª inst exp. Digital):

PERIODO		EMPLEADOR	SEMANAS
DESDE	HASTA		
17/09/1993	31/05/1994	EL BODEGON DE FRUTAS	36.71
23/05/1994	31/05/2000	PUNTOS RAPIDOS BOGOTA	286.13
01/09/2006	06/05/2010	FORERO	169.08
Total semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de los 55 años de edad			491.92

Es decir, que la señora MARY STELLA FORERO, NO acreditó el requisito de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de la edad mínima.

En este orden, conforme el párrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005, el régimen de transición establecido en el artículo 36 de 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, a los afiliados que a la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo –29 de julio de 2005- tuviesen cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios, por lo que se hace necesario verificar si la demandante se encuentra inmersa en dicha excepción.

Así las cosas, realizados los cálculos se tiene que la actora al 29 de julio de 2005, data en que entró en vigor el Acto Legislativo 01 de 2005, tenía 758,57 semanas, lo que implica que su régimen de transición se extendió hasta el 31 de diciembre de 2014, por lo que se estudiaría si completó 1.000 semanas de aportes en cualquier tiempo.

Conforme la historia laboral consolidada expedida por Colpensiones el 05 de septiembre de 2018 (carpeta 02, carpeta 1ª inst exp. Digital), la actora en toda su vida laboral aportó 1.080,43 semanas, siendo su último aporte como independiente el 30 de abril de 2013, lo que implica que, si 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, tal como lo determinó la juez de primera instancia.

Igualmente se observa que, la actora cotizaba sobre un SMMLV, y como quiera que conforme el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005 ninguna pensión puede ser inferior a ese valor, esa será la cuantía de su prestación, tal como también lo determinó la juez de instancia, y en 13 mesadas pensionales como quiera que su prestación se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011 conforme el párrafo transitorio 6° del artículo 1 del referido Acto Legislativo.

En consecuencia, y como quiera que la decisión de primera instancia se encuentra ajustada a los supuestos facticos y jurídicos aquí debatidos, se confirmará esa providencia en cuanto al reconocimiento pensional.

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA APELACIÓN COLPENSIONES

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.

Por otro lado, resulta también pertinente indicar que, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que las costas no son consecuencia de un proceder determinado de las partes, de allí que no interese para su imposición que se haya actuado de buena o mala fe, diligente o negligentemente. Ello por cuanto actuar con probidad y sensatez es un deber que se le exige a toda persona que acude a la justicia a reclamar un derecho, de allí que las costas derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago (CSJ SL4123-2019).

De esta forma, la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir para ejercer su defensa, sin que ello implique que se vean afectados los recursos del sistema general de pensiones de la recurrente, pues la imposición de este gravamen no está con cargo a los recursos con destinación específica provenientes de la seguridad social en pensiones, es decir, recursos del régimen de prima media con prestación definida, sumado al hecho que esta entidad pública cuenta con recursos propios destinados específicamente para atender las contingencias que se deriven de los juicios que se adelanten en su contra.

COSTAS

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

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

RESUELVE:

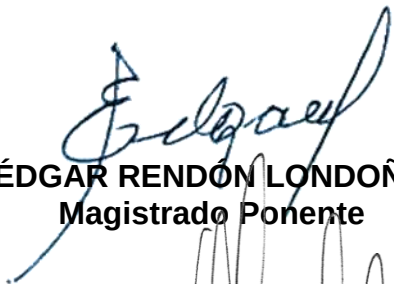
PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y a la **SOCIEDAD MINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS**

PORVENIR S.A a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a cada una de ellas. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de 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.



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

RADICADO	110013105026202000003-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ÁNGEL MANUEL CASTILLO PADILLA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
VINCULADA	- UGPP - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. - COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de mayo 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 al señor **ÁNGEL MANUEL CASTILLO PADILLA** 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) en consecuencia, se le ordene a la AFP Porvenir retornar a Colpensiones todos los aportes y rendimientos acreditados en su cuenta de ahorro individual; se **ordene** a Colpensiones recibirlo y mantenerlo como su afiliado sin solución de continuidad; que se **condene** a las demandadas al pago de las agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 1 carpeta 1ª insta exp. digital), señaló en síntesis, que inició su vida laboral en junio de 1988, como empleado público de la Fiscalía General de la Nación, que en septiembre de 1994, fue

visitado por un asesor de Porvenir quien le manifestó que por su historia laboral lo mejor era afiliarse al RAIS; que su pensión sería mejor; que el asesor no le ofreció una información real, completa, clara y comprensible acerca de los beneficios reales y las consecuencias adversas que traería, que no le hizo proyecciones sobre la mesada pensional en los dos regímenes pensionales, que no le informaron antes de estar a 10 años de la edad mínima de pensión sobre la oportunidad de retornar al RPM, por lo que no tuvo la oportunidad de elegir cual era el mejor régimen para él, y que tampoco le indicaron que debía permanecer mínimo 5 años en ese régimen, y que por su edad ya no podía regresar al RPM.

Narró que, el 15 de octubre de 2019, solicitó ante Colpensiones el cambio de régimen pensional, pero que ese mismo día se lo negaron por estar inmerso en la prohibición de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 06, carpeta 1ª inst, exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda en razón a que el actor no había estado vinculado al régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones. En cuanto a los hechos aceptó únicamente la reclamación administrativa; frente a los demás indicó que no le constaban por corresponder a un tercero.

Propuso como excepción previa que se vinculara a la UGPP como Litis consorte necesario por ser la administradora del RPM donde estuvo vinculado el actor. Y de fondo, las de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (archivo 02, 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, o que no eran ciertos. Aclaró que, el actor realizó el cambio de régimen pensional a través de la AFP Protección en donde estuvo desde septiembre de 1994, hasta marzo de 2001, cuando se pasó a Porvenir donde permaneció hasta el 31 de julio de 2002, y se trasladó a Colfondos.

Expuso que, la afiliación a esa AFP estuvo precedida de 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 como lo

disponía el numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Propuso como excepción previa la de falta de jurisdicción y competencia. Y 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.

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá mediante auto del 24 de junio de 2021, ordenó vincular a la UGPP (archivo 08, carpeta 1ª inst, exp. digital), entidad que una vez notificada contestó la demanda indicando que, carecía de legitimación en la causa por pasiva porque esta nació a la vida jurídica con la entrada en vigencia del Decreto 5021 de 2009, derogado por el Decreto 575 de 2013, con la finalidad de reconocer y administrar los derechos pensionales de quienes se encontraban afiliados a los fondos administradores de pensiones de naturaleza pública, los cuales se encontraban liquidados o en proceso de liquidación, tal como aconteció con la extinta Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL (archivo 11, carpeta 1ª inst, exp. digital).

El despacho de origen en audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS al resolver las excepciones previas declaró no probada la propuesta por la AFP Porvenir, y como medida de saneamiento ordenó vincular como litisconsorcios necesarios a la AFP Protección y Colfondos (archivo 15-16, carpeta 1ª inst, exp. digital).

La **AFP COLFONDOS S.A.** contestó (archivo 18, carpeta 1ª inst, exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, indicó que no le constaba ninguno porque era ajeno a esa entidad; aclaró que brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPM, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen.

Narró que, no se podía dejar sin efecto un acto válido que nació a la vida jurídica y que ratifica los actos propios de la demandante, trasladándose de régimen pensional y entre administradoras de pensiones con vinculación formal al RAIS hace más de 20 años a COLFONDOS S.A., pues la demandante, dentro del plazo que las disposiciones legales le concedieron para manifestar sus inconformidades, o volver al Régimen de Prima Media, no lo hizo.

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, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación, pago y la innominada o genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó (archivo 19, carpeta 1ª inst, exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, indicó que no le constaba ninguno porque eran ajenos a esa entidad. Aclaró que, ilustró a la actora de manera suficiente sobre las características propias del régimen pensional que había seleccionado y la forma como se construye la pensión en el mismo, explicándole que en este régimen sus aportes pensionales serían acumulados en una cuenta de ahorro individual administrada por PROTECCIÓN S.A la cual generaría rentabilidad financiera, también se le indicó que este monto ahorrado en su cuenta más los rendimientos ganados sería el capital con el cual se liquidaría su pensión de vejez de acuerdo con ciertas variables como el comportamiento de la historia laboral de cada individuo a lo largo de toda su vida, sus aportes voluntarios, sus beneficiarios, los rendimientos, la existencia o no de un bono pensional, las tablas de mortalidad y la regulación de la Superintendencia Financiera y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para liquidar la mesada.

Formuló las excepciones de fondo de Inexistencia de la Obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, Aprovechamiento Indebido de los Recursos Públicos y del Sistema General De Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver 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, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto sentencia CSJ SL3752-2020, traslado de aportes a Porvenir y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 13 de septiembre de 2022 (archivo 27-28 exp. digital), resolvió:

PRIMERO. DECLARAR ineficaz el traslado realizado por el demandante ÁNGEL MANUEL CASTILLO PADILLA al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR al fondo de pensiones PORVENIR a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por el demandante, junto con sus rendimientos financieros causados, y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. CONDENAR a los fondos de pensiones COLFONDOS y PROTECCIÓN a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES los dineros descontados por gastos de administración durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado a dichos fondos pensionales, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante.

QUINTO. ABSOLVER a la UGPP de las pretensiones incoadas.

SEXTO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

SÉPTIMO. CONDENAR en costas de esta instancia a los fondos de pensiones PORVENIR, PROTECCIÓN y COLFONDOS, a razón de un treinta y tres puntos treinta y tres por ciento (33.33%) a cargo de cada una, fijándose como agencias en Derecho la suma de UN MILLÓN DOSCIENTOS MIL PESOS (\$1'200.000).

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 el demandante se trasladó al RAIS a través de la AFP Protección debía como mínimo haberlo ilustrado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluía dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.

Expuso que, en el expediente obraban unos formularios firmados por el actor a través de los cuales se afilió a cada una de las AFP demandadas, de los cuales evidencia que solo se plasmaron los datos personales del demandante, sin que de ellos pudiera colegir el cumplimiento del deber de información, y que del interrogatorio de parte rendido por el señor Castillo no se evidenciaba que le hubiesen hablado

acerca de las características de los dos regímenes pensionales, ni como se accedería a la pensión de vejez en cada uno, y que si bien le había referido algunos beneficios del RAIS no le explicaron en detalle cómo funcionaba este.

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

Señaló que, el hecho de que el actor se hubiese trasladado entre administradoras del RAIS no podía tenerse como un acto de relacionamiento, toda vez que no estaba acreditado que este tuviese un conocimiento claro y preciso sobre las características propias del RAIS y así poder entender que su deseo era pertenecer a ese régimen pensional. Agregó que era Colpensiones quien debía recibir las cotizaciones del demandante por ser la única administradora del RPM, y que la UGPP no tenía en su cabeza la facultad de recaudar aportes del sistema de seguridad social.

RECURSO DE APELACIÓN

No se interpusieron recursos.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver 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 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 el actor en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor ÁNGEL MANUEL CASTILLO PADILLA aportó 315 semanas en el RPM entre el 16 de septiembre de 1988, y el 30 de septiembre de 1994, con su empleador Fiscalía General de la Nación; *ii)* que el **26 de septiembre de 1994**, se

trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Protección, el cual se hizo efectivo a partir de ese mismo día (archivo 19 carpeta 1ª inst exp. Digital); y *iii*) que realizó cuatro traslados horizontales entre administradoras de fondo de pensiones, a saber:

- A la AFP Porvenir S.A. mediante formulario firmado el 24 de enero de 2001
- A la AFP Colfondos S.A. mediante formulario firmado el 26 de junio de 2002
- A la AFP Santander IGN S.A. mediante formulario firmado el 30 de marzo de 2007
- A la AFP Horizonte hoy Porvenir mediante formulario firmado el 01 de enero de 2014, 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 –**26 de septiembre de 1994**-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Protección suscrito el 26 de septiembre 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).

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 a Colfondos, posteriormente a Santander, y finalmente 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.

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.

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, 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 y tercero de la sentencia de primer grado, en el sentido de **CONDENAR** a la AFP Protección, Colfondos y Porvenir a trasladar 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).

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

COSTAS

Sin Costas en esta instancia dado que se está conociendo en grado jurisdiccional de consulta.

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 01 de marzo de 2001 hasta 31 de julio de 2002, y a partir del 01 de septiembre de 2012, en adelante, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y

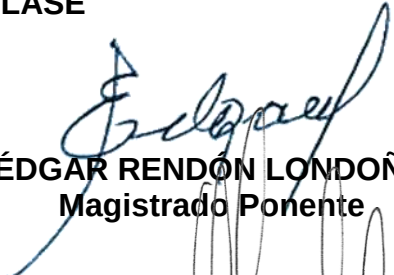
sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses 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 Y MODIFICAR 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 ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA y COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS**, a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquellas, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a cada una de ellas. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada

CUARTO: 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

RADICADO	110013105026202100013-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MARINA RODRÍGUEZ
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS
VINCULADA	NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de mayo 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 Marina Rodríguez se **declare** la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a través de la AFP Porvenir y posteriormente a Colfondos, por omisión al deber de información. En consecuencia, se condene a esas AFP a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos a que hubiere lugar y las comisiones por administración; se **ordene** a Colpensiones recibirla en el RPM y activar su afiliación; y se **condene** a las demandadas ultra y extra petita, y al pago de las agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 01 carpeta 1ª insta exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 14 de agosto de 1960; que se afilió al ISS

el 11 de agosto de 1981, donde aportó 401,71 semanas; que con la entrada en el mercado de las AFP se afilió a Porvenir y posteriormente a Colfondos donde permanece hasta la actualidad, dado que este le reconoció una pensión de garantía mínima a partir del 1° de mayo de 2018.

Narró que, el asesor de Porvenir no le informó que en el RAIS su mesada pensional sería inferior a la que le reconocería el ISS; que le indicó que *«no se iba a poder pensionar ya que el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, se iba a acabar»*; que la mesada en el fondo privado sería mejor; que podría acceder de forma anticipada a la misma y era vitalicia, pero que no le explicaron la afectación que aquello tendría sobre su mesada pensional y sobre el bono pensional, ni las desventajas de trasladarse al RAIS, ni que podría devolverse al régimen de prima media antes de cumplir los 47 años de edad; que le dieron información sesgada y parcializada, con el fin de concretar su traslado y así recibir la comisión correspondiente.

Expuso que, su mesada pensional en el RPM sería el triple de lo que le están pagando en el RAIS, y que por ello solicita la nulidad del traslado y su retorno a Colpensiones.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 10, carpeta 1ª inst, exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda en razón a que la actora es pensionada dentro del RAIS según oficio BP-R-I-L-29085-05-18 con una mesada pensional de \$ 781.242 a partir del 1 de mayo de 2018, esto de conformidad con la sentencia CSJ SL 373 de 2021. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la señora Rodríguez, su afiliación al ISS, las semanas cotizadas en el RPM, y que se trasladó al RAIS donde en la actualidad es pensionada; 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 presunción de legalidad de los actos administrativos.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (archivo 05, carpeta 1ª inst, exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora, que se trasladó al RAIS a través de la AFP Colpatria hoy Porvenir, mediante formulario de fecha 04 de febrero de 1999, el que se hizo efectivo a partir del 01 de abril de la misma anualidad; que desde el 30 de septiembre

de 2006, no era su afiliada; frente a los demás, indicó a unos que no le constaban por corresponder a un tercero, o que no eran ciertos. Aclaró que, informó al actor de manera oportuna, clara y veraz, las características, condiciones, requisitos y funcionalidad del RAIS, conforme a la normatividad vigente para la fecha del traslado y las particularidades propias de la demandante, sin que para dicha oportunidad, pudiese determinarse con exactitud ventajas o desventajas del traslado de régimen; que las condiciones, características, ventajas y desventajas del RAIS se encontraban establecidas en la Ley 100 de 1993, por lo que la actora podía validarlas en cualquier momento; que la demandante tuvo todas las oportunidades para retornar al RPM pero no lo hizo, ratificando su deseo de pertenecer al RAIS.

Advirtió que el demandante actualmente se encontraba pensionado en el RAIS, por lo que conforme la sentencia CSJ SL 373-2021, no se le podía aplicar la figura de la ineficacia.

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.

La **AFP COLFONDOS S.A.** contestó (archivo 04, carpeta 1ª inst, exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda por cuanto la señora Rodríguez tenía reconocida una pensión de vejez de garantía de pensión mínima, en la modalidad de retiro programado desde mayo de 2018. En cuanto a los hechos, indicó a unos que no le constaban por ser ajenos a esa entidad o que no eran ciertos; aclaró que al momento del estudio pensional le brindó a esta una asesoría personalizada sobre las condiciones y características del RAIS, de cómo se iba a liquidar su mesada y por lo tanto se le indicó el valor de esta, previo al ingreso a la nómina de pensionados, y que no había expresado ninguna inconformidad en ese momento, que por el contrario aceptó y expresó su deseo y voluntad de ser pensionada por el RAIS, representado por Colfondos S.A.

Propuso como excepción previa la de falta de integración del litisconsorcio necesario con la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Y 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, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, validez del

reconocimiento de la pensión de vejez al demandante en Colfondos y trámites de la solicitud de pensión y la innominada o genérica.

A su vez interpuso demanda de reconvención para que en el evento de declararse la nulidad y/o ineficacia de la vinculación de la señora Rodríguez al RAIS, se le condene a esta a reintegrarle las sumas de dinero que le ha cancelado por conceptos de mesadas pensionales derivadas de la pensión de vejez a partir de la fecha del reconocimiento del derecho, esto es, mayo de 2018, hasta la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso, sumas que deberán ser indexadas, y que se le condene a las costas y agencias en derecho.

Las anteriores pretensiones básicamente las fundó en que la señora Rodríguez tiene reconocida una pensión de vejez de garantía de pensión mínima, en la modalidad de retiro programado desde mayo de 2018.

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá mediante auto del 22 de julio de 2021 (archivo 13, carpeta 1ª inst, exp. digital), ordenó la vinculación de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en calidad de litisconsorte necesario por pasiva y admitió la demanda de reconvención presentada por Colfondos, ordenando correr traslado de esta a la actora.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público contestó (archivo 17, carpeta 1ª inst, exp. digital), informando que desconoce las circunstancias en que se produjo el traslado de la demandante del RPM al RAIS; que la AFP Colfondos el 18 de enero de 2018, había solicitado la emisión y expedición del Bono Pensional en su calidad de representante de la señora Marina Rodríguez; que dicha petición fue atendida mediante Resolución 17559 del 26 de enero de 2018; que una vez causada la fecha de redención, la cual estaba fijada para el día 14 de agosto de 2020, esa oficina procedió mediante Resolución 22878 del 21 de Agosto de 2020 a REDIMIR (PAGAR) el Bono Pensional (Cupón principal a cargo de la Nación y cuota parte COLPENSIONES).

Expuso que, la AFP Colfondos el 27 de marzo de 2018, ingresó al sistema interactivo de la OBP, solicitud de reconocimiento en favor de su afiliada de la Garantía de Pensión Mínima “Temporal” de Vejez de que trata el Artículo 65 de la Ley 100/93, petición que fue atendida a través de la comunicación No. 2-2018-013394 de fecha 02 de Mayo de 2018, en donde se le indicó a la referida AFP que una vez agotados los recursos de la cuenta de ahorro individual de la afiliada y se haya redimido el bono

pensional, la AFP debía estudiar la posibilidad de solicitar el reconocimiento de la Garantía de Pensión Mínima Definitiva, determinando si la afiliada cuenta o no con el capital suficiente para gozar de una pensión de salario mínimo, estudio que a septiembre de 2021 no había sido efectuado por Colfondos.

Formuló como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva: la oficina de bonos pensionales del MHCP no funge como entidad de previsión social, ni fondo, ni administrador pensional; inexistencia de la obligación; prescripción; improcedencia de la nulidad por reconocimiento de pensión; si se declara la ineficacia, se debe reintegrar a la nación el valor del bono pensional indexado y revocar la GPM; buena fe; y la genérica.

El juzgado, mediante auto del 26 de mayo de 2022, tuvo por NO CONTESTADA LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN por parte de la señora Marina Rodríguez (archivo 24, carpeta 1ª inst, exp. digital).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 30 de agosto de 2022 (archivo 29-30 exp. digital), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas PORVENIR, COLFONDOS, COLPENSIONES y la vinculada NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO de las pretensiones incoadas en su contra por parte de la señora MARINA RODRÍGUEZ, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la parte demandante MARINA RODRÍGUEZ, fijándose como agencias en derecho la suma de UN MILLON DOSCIENTOS MIL PESOS (\$1'200.000)

TERCERO: En caso de que la sentencia no sea debidamente apelada se remitirá en el grado jurisdiccional de CONSULTA.

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

Indicó que, el deber de información tenía varias etapas, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; y que para el año 1999, cuando la demandante se trasladó al RAIS a través

de la AFP Colpatria 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 obraban unos formularios firmados por la actora a través de los cuales se afilió a cada una de las AFP demandadas, de los cuales evidencia que solo se plasmaron los datos personales de la demandante, sin que de ellos pudiera colegir el cumplimiento del deber de información, y que la carga de la prueba de demostrar que información brindó al momento del traslado era de las AFP Porvenir, y esta no se cumplió, en consecuencia, concluyó el traslado al RAIS en principio era ineficaz.

Indicó que, no obstante en este asunto obraban pruebas de que Colfondos había reconocido y pagado una pensión de vejez en virtud de la garantía de pensión mínima desde mayo de 2018, y a la fecha venía percibiendo esa mesada; además, la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en agosto de 2020 pagó su bono pensional. Por lo anterior estimó que era aplicable el criterio jurisprudencial plasmado en la sentencia CSJ SL 373-2021, la cual citó en extenso, concluyendo que en este asunto la demandante tenía una situación jurídica consolidada que no era razonable retrotraer, y que por ello no era posible aplicar los efectos de la ineficacia.

RECURSO DE APELACIÓN

No se interpusieron recursos.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Colpatria hoy Porvenir, es

ineficaz por falta de información, y si el status de pensionado del que goza la demandante permite que sean trasladados a COLPENSIONES los 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 MARINA RODRÍGUEZ se afilió al ISS donde aportó desde el 11 de agosto de 1981, al 30 de septiembre de 1996, un total de 401,71 semanas (archivo 01, carpeta 1ª inst exp. digital); *ii)* que el **24 de febrero de 1999**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Colpatria hoy Porvenir, el cual se hizo efectivo a partir del 1º de abril de igual año (archivo 05, carpeta 1ª inst exp. Digital); y *iii)* que realizó un traslado horizontal a la AFP Colfondos S.A., el 25 de agosto de 2006, entidad que le reconoció y viene pagando una pensión de vejez con garantía de pensión mínima desde mayo de 2018 (archivo 04, 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 la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**24 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 Colpatria 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 Colpatria suscrito el **24 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).

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 adocctrinado por nuestro máximo órgano de cierre

(CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, sería del caso declarar que el traslado se torna ineficaz, de no ser porque tal y como se indicó en los hechos de la demanda y se encuentra acreditado en el expediente la demandante desde mayo de 2018 es pensionada por parte de Colfondos quien le reconoció una pensión de vejez con garantía de pensión mínima.

En efecto, tal y como lo señaló el Juez de instancia, la Corte Suprema de Justicia a partir de la sentencia CS SL373-2021, consideró que la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada o a un hecho consumado que no se puede revertir sin afectar a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto, circunstancia que impide que volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado, línea de pensamiento que también se ha visto reflejada en otros tantos pronunciamientos, tales como en las sentencias SL5169-2021, SL5704-2021, SL5172-2021, SL1113-2022 y SL2176-2022, siendo este el actual criterio que rige en el seno de esta corporación, el cual goza de fuerza vinculante en virtud de los principios de confianza legítima y seguridad jurídica, razón por la que, los jueces se encuentran obligados a respetar los derroteros fijados por esta corporación, debido a que su labor unificadora de jurisprudencia orienta las decisiones de los operadores jurídicos, no siendo dable, determinar la aplicabilidad de uno y otro pronunciamiento, de acuerdo a la conveniencia o intereses que le pueda llegar a asistir a las partes.

En la primera de las providencias citadas, se dijo por parte de esa Corporación:

*Es un hecho acreditado que Cárdenas Gil disfruta de una pensión de vejez desde el año 2008, en la modalidad de retiro programado, a cargo de Protección S.A. **Esta circunstancia conduce a la Corte a interrogarse si es posible, bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, que el demandante pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad, vuelva al mismo estado en el que se encontraba antes de su traslado al RPMPD.***

Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)¹, lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto [...]. (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

¹ SL1688-2019, SL3464-2019

Por tal razón, y como quiera que el criterio que impera en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al momento en que se profiere esta decisión, es el reflejado a partir de la sentencia CSJ SL 373-2021, no existe razón válida para que esta Sala de Decisión se aparte de esta línea jurisprudencial, y accede a las suplicas de la demanda.

Ahora si bien la referida sentencia CSJ SL 373-2021, indicó que el pensionado lesionado en la cuantía de la pensión por el incumplimiento del deber de información (culpa) por parte de las AFP, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora, lo cierto es que en este caso en particular los mismos no fueron pretendidos ni objeto de debate dentro de la litis, por ello no puede la sala de manera oficiosa abordar su análisis, pues ello quebrantaría el debido proceso.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia.

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 consulta, proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 30 de agosto de 2022, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
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

RADICADO	110013105027201900364-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	CLAUDIA MARÍA OROZCO SÁNCHEZ
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS - UGPP

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de mayo 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 **CLAUDIA MARÍA OROZCO SÁNCHEZ** 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 Colfondos, por omisión al deber de información; en consecuencia, se ordene a esa AFP trasladar a Colpensiones todas la sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de sus aportes obligatorios y rendimientos; que se **ordene** a Colpensiones reactivar su afiliación en el RPM, actualizar y corregir su historia laboral; que se **condene** a las demandadas a las costas procesales.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 31 de agosto de 1966; que se afilió al RPM cotizando entre el 17 de enero de 1989, y el 1º de marzo de 1991, al ISS y desde el 15 de octubre de 1991, hasta el 30 de septiembre de 1994, a la extinta Cajanal; que a partir de octubre de 1994, pertenece al RAIS administrado por Colfondos, que el asesor de esta AFP no le dio una asesoría completa, cierta y veraz sobre las características, ventajas y desventajas de los dos regímenes pensionales, que lo único que le indicó era que tenía que trasladarse porque el régimen público iba a desaparecer y la mejor opción era

Colfondos porque recibiría un monto pensional superior. Agregó que se siente engañada porque lo que le afirmaron no era cierto, y porque le ocultaron información definitiva para tomar una decisión informada, induciéndola en error sobre lo que era mejor para ella; que solicitó ante Colpensiones y Colfondos la nulidad de su traslado al RAIS.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 162-198 archivo 01 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 la petición referida; 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 y la innominada o genérica.

La **UGPP** contestó (f.º 156-161 archivo 01 carpeta 1ª inst. exp digital) indicando que las pretensiones de la demanda no estaban dirigidas en su contra. En cuanto a los hechos, solo aceptó que la actora estuvo vinculada a Cajanal; frente a los demás, señaló que no tenía conocimiento de los mismos; que se adhería a lo probado. Propuso como excepciones de fondo, las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación y prescripción de las mesadas pensionales.

La **AFP COLFONDOS S.A.**, contestó (f.º 226-244 archivo 01 carpeta 1ª inst. exp digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante suscribió formulario de afiliación con esa AFP el 30 de septiembre de 1994, con efectividad a partir del 1º de octubre de 1994; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos. Aclaró que, al momento de la afiliación le brindó información acerca de las modalidades de pensión en el RAIS, los rendimientos financieros, la negociación del bono pensional, la fecha de redención del mismo y los beneficios del RAIS, como por ejemplo que podría pensionarse con una mesada más alta que en el RPM realizando aportes mayores a la cuenta de ahorro individual, y la posibilidad de pensionarse a una edad menor, pero con el cumplimiento de unos requisitos para ello, los cuales le fueron explicados.

Formuló como excepciones, 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 RAIS, ratificación de la afiliación a Colfondos, prescripción de la

acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación, pago y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 19 de septiembre de 2022 (archivo 08-09 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora CLAUDIA MARÍA OROZCO SÁNCHEZ del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora CLAUDIA MARÍA OROZCO SÁNCHEZ, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES afiliar nuevamente al señor CLAUDIA MARÍA OROZCO SÁNCHEZ al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES afiliar nuevamente al señor CLAUDIA MARÍA OROZCO SÁNCHEZ al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes de la COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de prescripción, descapitalización del sistema pensional, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y saneamiento de la nulidad alegada formuladas por COLPENSIONES y 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 la fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago formuladas por COLFONDOS S.A. y PROBADAS las de falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de la obligación formuladas por la UGPP, conforme lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: ABSOLVER de la totalidad de las pretensiones de la demanda a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, al pago de las costas del proceso en la suma de \$2'000.000 como agencias en derecho.

Para Fundamentar su decisión sostuvo que, en este caso debía partirse de las reglas desarrolladas por la Sala de Casación Laboral en las sentencias SL, 09 sep. 2008 rad. 31989, SL12136-2014, SL19447- 2017, SL1452-2019, SL1421-2019 y SL1467-2021, entre otras.

Como presupuestos fácticos indicó que la señora OROZCO SÁNCHEZ nació el 31 de agosto de 1966; que cotizó en el Instituto de Seguro Social 110,57 semanas entre el 17 de enero de 1989, y el 1° de marzo de 1991; que cotizó a Cajanal 154 semanas del 15 de octubre de 1991, al 30 de septiembre de 1994; que se trasladó al RAIS mediante formulario de vinculación suscrito el 30 de septiembre de 1994, con Colfondos, el cual se hizo efectivo a partir del 1° de octubre de ese mismo año y allí permanecía hasta la fecha.

Expuso que, la AFP Colfondos S.A. no cumplió con la carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría en el momento en que la demandante solicitó el traslado, por no obrar en el plenario prueba alguna que acredite que se le hubiese informado sobre los beneficios de trasladarse de régimen y mucho menos sobre sus desventajas. Resaltó la Juez que tal carga demostrativa le correspondía a esta entidad, conforme lo ha dejado claro la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral.

Manifestó que, frente al deber de información de las administradoras, la jurisprudencia ha establecido que el mismo debe garantizar que el afiliado, al momento de trasladarse, exprese un consentimiento informado para tomar una decisión libre y voluntaria. Indicó que esta prerrogativa debe cumplirse con independencia de que el afiliado fuera o no beneficiario del régimen de transición y que, el incumplimiento de este deber genera la ineficacia del traslado, debido a que afecta la validez del acto jurídico de cambio de régimen en sí mismo.

Concluyó que, el Colfondos S.A. incumplió de manera notoria sus obligaciones y vulneró los principios mínimos de transparencia que deben gobernar las afiliaciones a los regímenes pensionales, por lo que, declaró la ineficacia del traslado de la demandante y, en consecuencia, dejó sin efecto alguno su afiliación al RAIS. Adicionalmente, condenó a esa AFP a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con ocasión de la afiliación de la actora junto con los frutos e intereses, los rendimientos que se hubiesen causado, sin descontar valor alguno por comisiones y gastos de administración y con cargo a sus propios recursos. Correlativamente, condenó a Colpensiones como única administradora del RPM a recibir a la demandante y actualizar su historia laboral.

Finalmente, sobre la excepción de prescripción señaló que en este caso no operaba debido a que los derechos pensionales tienen carácter de imprescriptibles, cuestión que además ya había sido decantado por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que en el transcurso de este proceso no se había demostrado el supuesto engaño a la accionante por parte de la AFP, ni la falta de información alegada; que no obstante, no tiene

documentos ni conoce de la asesoría brindada a la actora por parte de la AFP Colfondos, por lo que estaba sujeta a lo que esa AFP lograra demostrar conforme la normatividad vigente para ese momento.

Indicó que, al revisar el formulario de afiliación a Colfondos suscrito bajo la gravedad de juramento se encontraba una manifestación de que la había realizado libre de apremios y por su propia voluntad, por lo tanto, esta se hizo con el lleno de los requisitos legales; además, que dentro de las oportunidades dadas por la norma no manifestó deseo alguno de retornar al RPM, razón por la que no se podía ordenar un regreso automático a Colpensiones, y por el contrario, ella debía asumir las consecuencias jurídicas de su decisión.

Sostuvo que, en este asunto le correspondía a la demandante probar sus afirmaciones, lo que había brillado por su ausencia, y en ese sentido las pretensiones no podían prosperar.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta 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 la 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 todos 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 Claudia María Orozco Sánchez nació el 31 de agosto de 1966; *ii)* que se afilió al ISS donde aportó desde el 17 de enero de 1989, al 01 de marzo de 1991, un total de 110,57 semanas (carpeta 02, carpeta 1ª inst. exp. digital); *iii)* que entre el 15 de octubre de 1991, y el 30 de septiembre de 1994, aportó a Cajanal (f.º archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *iv)* que el **30 de septiembre de 1994** suscribió formulario de afiliación con la AFP Colfondos, la cual se hizo efectiva a partir del 1º de octubre de igual año, y allí permanece hasta la fecha (f.º 245 archivo 01, 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 **-30 de septiembre de 1994-**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP suscrito el 30 de septiembre 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).

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

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

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 Colpensiones, como quiera que su recurso de alzada no prosperó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la **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, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de 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 \$1.160.000.



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

RADICADO	110013105027202100129-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ANA ISABEL CALDERÓN SALCEDO
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de mayo 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 **ANA ISABEL CALDERÓN SALCEDO** 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 Colpatria hoy Porvenir, por omisión al deber de información; en consecuencia, se **ordene** a esa AFP trasladar a Colpensiones la totalidad de sus aportes, junto con los rendimientos e intereses y bonos pensionales, sin realizar ningún tipo de descuento por concepto de administración; que se le **condene** al pago de perjuicios morales; que se **ordene** a Colpensiones reactivar su afiliación en el RPM, actualizar y corregir su historia laboral; que se **condene** a las demandadas lo que resulte probado ultra y extra petita y a las costas procesales.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 10 de marzo de 1958; que estuvo afiliado al ISS; que se trasladó al RAIS a través de la AFP Colpatria hoy Porvenir; que para el cambio de régimen pensional no fue informada de manera transparente, completa,

clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las diferencias entre uno u otro régimen de pensiones, las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los beneficios, riesgos, desventajas o inconvenientes de este Régimen, y en general las implicaciones sobre sus derechos pensionales; que debía tener en cuenta al momento de tomar la trascendental decisión de cambiarse de régimen de pensiones, que no le explicaron que podía retornar al RPM en los términos contemplados en el literal e) del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, ni la ilustraron respecto al régimen que más le convenía, teniendo en cuenta entre otras cosas, su historia laboral, edad, tiempo que llevaba laborando y cotizando.

Narró que, el 9 de septiembre de 2019, solicitó ante Colpensiones y la AFP Porvenir la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional realizado del RPM al RAIS.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 09 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 se trasladó al RAIS y que presentó la petición referida; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero.

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

La **AFP PORVENIR S.A.**, contestó (archivo 15 carpeta 1ª inst. exp digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó el traslado al RAIS el 04 de junio de 1998, y la petición radicada; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos. Aclaró que brindó información clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, en la que se expresaba el funcionamiento, características y requisitos del RAIS, las implicaciones de su traslado y los requisitos para pensionarse bajo ese régimen de conformidad con lo establecido en el artículo 64 de la misma ley; que la decisión de suscribir el formulario de afiliación

fue producto de una decisión libre, espontánea e informada de conformidad con el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, documento que se presumía auténtico en los términos del artículo 114 de la ley 100 de 1993, los artículos 243 y 244 del CGP y el párrafo 54 del CPTSS.

Precisó 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 se encontraban definidas y establecidas en su totalidad por la ley, sin que le esté dado a las partes pactar condiciones diferentes.

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

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 08 de septiembre de 2022 (archivo 20-21 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora ANA ISABEL CALDERÓN SALCEDO del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora ANA ISABEL CALDERÓN SALCEDO, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES afiliar nuevamente al señor ANA ISABEL CALDERÓN SALCEDO al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES afiliar nuevamente al señor ANA ISABEL CALDERÓN SALCEDO al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de prescripción, 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, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y saneamiento de la

nulidad alegada, formuladas por COLPENSIONES y las de prescripción, inexistencia de la obligación, compensación y buena fe, formuladas por PORVENIR S.A., conforme lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, al pago de las costas del proceso en la suma de \$2'000.000 como agencias en derecho.

Para Fundamentar su decisión sostuvo que en este caso debía partirse de las reglas desarrolladas por la Sala de Casación Laboral en las sentencias CSJ SL, 09 sep. 2008 rad. 31989, SL12136-2014, SL19447- 2017, SL1452-2019, SL1421-2019 y SL1467-2021, entre otras. Como presupuestos fácticos, indicó que la señora Calderón Salcedo nació el 10 de marzo de 1958; que cotizó en el Instituto de Seguro Social 140,14 semanas entre el 08 de agosto de 1994, y el 28 de febrero de 1998; que se trasladó al RAIS mediante formulario de vinculación suscrito el 4 de junio de 1998, con Porvenir, el cual se hizo efectivo a partir del 1° de agosto de ese mismo año y allí permanecía hasta la fecha.

Expuso que, la AFP Porvenir S.A. no cumplió con la carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría en el momento en que la demandante solicitó el traslado, por no obrar en el plenario prueba alguna que acreditara que se le hubiese informado sobre los beneficios de trasladarse de régimen y mucho menos sobre sus desventajas. Resaltó la Juez que tal carga demostrativa le correspondía a esta entidad, conforme lo ha dejado claro la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral.

Manifestó que, frente al deber de información de las administradoras, la jurisprudencia ha establecido que el mismo debe garantizar que el afiliado, al momento de trasladarse, exprese un consentimiento informado para tomar una decisión libre y voluntaria. Indicó que esta prerrogativa debe cumplirse con independencia de que el afiliado fuera o no beneficiario del régimen de transición; que el incumplimiento de este deber genera la ineficacia del traslado, debido a que afecta la validez del acto jurídico de cambio de régimen en sí mismo.

Concluyó que, Porvenir S.A. incumplió de manera notoria sus obligaciones y vulneró los principios mínimos de transparencia que deben gobernar las afiliaciones a los regímenes pensionales, por lo que, declaró la ineficacia del traslado de la demandante y, en consecuencia, dejó sin efecto alguno su afiliación al RAIS. Adicionalmente, condenó a esa AFP a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con ocasión de la afiliación de la actora junto con los frutos e intereses, los rendimientos que se hubiesen causado, sin descontar valor alguno por comisiones y gastos de administración y con cargo a sus propios recursos. Correlativamente, condenó a Colpensiones a recibir a la demandante y actualizar su historia laboral.

Finalmente, sobre la excepción de prescripción señaló que en este caso no opera debido a que los derechos pensionales tenían carácter de imprescriptibles, cuestión que además ya había sido decantada por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que en el transcurso de este proceso no se había demostrado el supuesto engaño a la accionante por parte de la AFP, ni la falta de información alegada; que no obstante, no tiene documentos ni conoce de la asesoría brindada a la actora por parte de la AFP Porvenir, por lo que estaba sujeta a lo que esa AFP lograra demostrar conforme la normatividad vigente para ese momento.

Indicó que, al revisar el formulario de afiliación a Porvenir suscrito bajo la gravedad de juramento se encontraba una manifestación de que la había realizado libre de apremios y por su propia voluntad; por lo tanto, este se hizo con el lleno de los requisitos legales; además, que dentro de las oportunidades dadas por la norma no manifestó deseo alguno de retornar al RPM, razón por la que no se podía ordenar un regreso automático a Colpensiones y, por el contrario, ella debía asumir las consecuencias jurídicas de su decisión.

Sostuvo que, en este asunto le correspondía a la demandante probar sus afirmaciones, lo que había brillado por su ausencia, y en ese sentido las pretensiones no podían prosperar.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta 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 la demandante a través de la AFP Porvenir, es ineficaz por falta de

información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES todos 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 ANA ISABEL CALDERÓN SALCEDO nació el 10 de marzo de 1958; *ii)* que se afilió al ISS donde aportó desde el 08 de agosto de 1994, al 31 de julio de 2001, un total de 100,86 semanas (f.º 629 -636 archivo 09, carpeta 1ª inst. exp. digital); y *iii)* que el **04 de junio de 1998**, suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir, la cual se hizo efectiva a partir del 1º de octubre de igual año, y allí permanece hasta la fecha (f.º 245 archivo 01, 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 –**04 de junio de 1998**–, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «libre y voluntariamente» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003–, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP 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 04 de junio de 1998, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

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.

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

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la

cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

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 Colpensiones, como quiera que su recurso de alzada no prosperó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE:

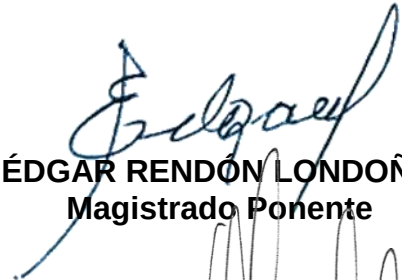
PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual. Al momento de cumplirse esta orden, los

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

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones.

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 \$1.160.000.



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

RADICADO	110013105028202000420-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	LUZ AMPARO ACOSTA SALAS
DEMANDANDO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS. - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de mayo 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 **LUZ AMPARO ACOSTA SALAS**, se **declare** la nulidad del traslado del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) administrado por la AFP Porvenir y posteriormente a otras AFP, por omisión al deber de información. En consecuencia, se **ordene** a la AFP Colfondos trasladar a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, y los rendimientos causados; que se **ordene** a Colpensiones activar

su afiliación al RPM y actualizar su historia laboral; ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 01, carpeta 1ª inst, exp. Digital), señaló en síntesis, que se afilió al RPM- ISS desde el 19 de enero de 1983, acumulando 188,71 semanas; que en abril de 1998, cuando ingresó a laborar para la Corporación Escuela de Administración de Negocios los asesores de la AFP Porvenir S.A, le presentaron el RAIS y este era el único fondo disponible para afiliarse a pensiones en ese momento; que dichos asesores le indicaron que el ISS lo iban a liquidar y sus cotizaciones se perderían, que no le hablaron de las ventajas y desventajas de los dos regímenes para poder entender las diferencias, ni le realizaron proyecciones pensionales en estos, ni cuanto capital necesitaba ahorrar para acceder a la pensión de vejez, que tampoco le entregaron el plan de pensiones, ni información sobre las consecuencias de abandonar el RPM.

Narró que, en 2008, en su lugar de trabajo se presentó un asesor de Skandia quien le mostró una tabla de las pérdidas y ganancias de los fondos privados y su diferencia de rentabilidad; que no le explicó sobre el plan de pensiones, ni las diferencias de estar en un fondo público o en uno privado y tampoco las consecuencias de seguir cotizando en un fondo privado; que en el año 2013, se vinculó con Colfondos porque a su lugar de trabajo se presentó un asesor que le hablo de las pérdidas y ganancias de los fondos y su diferencia de rentabilidad, y que ello motivo su decisión.

Refirió que, tiene un total de 1.300,71 semanas cotizadas a enero del 2020, en el Sistema General de Pensiones; que el 17 de abril 2020, radicó derecho de petición ante Colpensiones solicitando que se declare la nulidad del traslado del RPM al RAIS y en consecuencia que la retornaran al RPM, pero que esa entidad le indicó que no era posible acceder a su petición; que igualmente, realizó esa solicitud a Porvenir, Colfondos y Skandia, pero que ninguna le dio respuesta; que Colfondos le realizó una simulación pensional donde le informó que a sus 57 años de edad tendría derecho a una mesada pensional de \$1.310.000 mientras que en el RPM sería de \$3.913.911.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 12, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, señaló a todos que no le constaban y que se atenía a lo probado. Propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia de afectación por protección judicial CSJ SL373-2021, perfeccionamiento actos de relacionamiento, hecho de la víctima/afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad, buena fe y la innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (archivo 11, carpeta 1ª inst, exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la actora se trasladó al RAIS a través de esa AFP en 1998; que presentó petición ante esa entidad, a los demás manifestó que no le constaban por corresponder a un tercero, o que no eran ciertos. Aclaró que, le informó a la promotora del litigio de forma oportuna, clara, suficiente, concreta, adecuada y veraz las características del RAIS, y que fue ella quien finalmente eligió vincularse a este; que le explicó que podría pensionarse a la edad que escogiera, siempre y cuando el capital acumulado en su Cuenta de Ahorro Individual compuesto por los aportes obligatorios, los aportes voluntarios, sus correspondientes rendimientos y el bono pensional, le permitiera obtener una mesada pensional superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente; que fue solo hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, que las AFP adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general.

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.

La **AFP COLFONDOS S.A.** contestó (archivo 10, carpeta 1ª inst, exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la actora se vinculó este mediante formulario de afiliación firmado en el año 2013, que le dio

una asesoría, que ella presentó una petición de nulidad de traslado al RAIS, y que se realizó una simulación pensional; frente a los demás señaló que no le constaban por corresponder a terceros o que no eran ciertos; aclaró que cumplió a cabalidad con la normatividad vigente de la época de la afiliación de la actora para el proceso vinculación o traslado de régimen pensional; que la regulación pensional RAIS, se encontraba plasmada en la Ley 100 de 1993, y sus decretos reglamentarios, normas que eran de fácil acceso para toda la población en general, sin olvidar, los extractos a pensiones obligatorias que recibe todos nuestros afiliados de forma periódica, informando su estado actual de afiliación, capital acumulado y demás condiciones básicas para discernir que este régimen es completamente orientado al ahorro.

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, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación, pago y la innominada o genérica.

La **AFP SKANDIA** contestó (archivo 15 carpeta 1ª inst. exp digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la actora el 30 de julio de 2008, suscribió formulario de vinculación a este, con efectividad el 01 de septiembre de 2008, la cual estuvo vigente hasta el 31 de marzo de 2009; frente a los demás, indicó a unos que no le constaban por corresponder a un tercero y a otros que no eran ciertos. Aclaró que, previo a la afiliación ilustró a la demandante acerca de las características del régimen al cual se encuentra afiliada, por lo que actuó con estricta sujeción a la ley, esto es, sin incurrir en conductas negligentes o poco transparentes, pues ella pertenecía al RAIS, por ende, no fue un cambio de régimen pensional; que la señora Acosta al venir de la AFP Porvenir ya conocía del funcionamiento del RAIS, sus ventajas, características y demás, por lo tanto, la asesoría era más una reafirmación de los argumentos ya conocidos por ella, ya que el RAIS en cualquier AFP presenta las mismas características en materia pensional.

Formuló como excepciones de fondo, las de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen debido a 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.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 19 de septiembre de 2022 (archivo 25-27 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora LUZ AMPARO ACOSTA SALAS, quien se identifica con la C.C 35.459.547 al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1° de mayo de 1998, por intermedio de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, todo conforme se dijo en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora LUZ AMPARO ACOSTA SALAS, quien se identificada con C.C. 35.459.547 a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES para activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y proceda a actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR no probadas los medios excepciones propuestos por los extremos demandados

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las demandadas. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$800.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora.

Fundamentó su decisión, en que se encontraba probado que la demandante realizó cotizaciones al RPM donde acumuló 188,72 semanas, que se trasladó al RAIS a

través de la AFP Porvenir el 10 de marzo de 1998, con efectividad a partir del 1° de mayo de igual año, y que posteriormente realizó varios traslados, a saber a Colpatria el 28 de mayo de 1999, a Porvenir el 12 de mayo del 2000, a Skandia el 30 de julio de 2008, a Porvenir el 25 de febrero de 2009, y finalmente a Colfondos el 31 de julio de 2013.

Señaló que, cuando se cuestiona si se cumplió o no con el deber de información, el estudio debe abordarse desde la óptica de la ineficacia por ser esta la consecuencia jurídica que previo el legislador en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, razón por la que era equivocado abordar el análisis desde el régimen de las nulidades por cuanto resultaba desproporcionado exigirle al afiliado que demuestre la existencia de algún vicio del consentimiento -error, fuerza o dolo-.

Indicó que, en este caso le correspondía a la AFP Porvenir la carga de probar en qué circunstancias se hizo el traslado de la actora, y si le brindó una información veraz y oportuna sobre las implicaciones de este y sobre la verdadera situación que ella tenía frente a los dos regímenes pensionales, para que su consentimiento estuviere realmente informado y escogiera el que mejor le conviniera; que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia era pacífica y reiterada al indicar que para considerar que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de una voluntad informada la AFP debía probar que le informó de manera completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, además que bajo el criterio de transparencia se resalte no solo lo favorable sino también lo desfavorables, e incluso de ser el caso debía desanimar al interesado de tomar una decisión que perjudique sus intereses y que la omisión a ese deber traía como consecuencia la ineficacia del traslado.

Advirtió que, en el plenario no se había acreditado que Porvenir para el 10 de marzo de 1998 le hubiese explicado las ventajas y desventajas que conlleva el cambio de régimen pensional, pues del interrogatorio de parte de la actora no se extraía confesión alguna en ese sentido, por lo que colegía que quien propició el cambio de régimen no acreditó haber cumplido con el deber de información, lo que traía como consecuencia la ineficacia del cambio de régimen, y los realizados con posterioridad. Sostuvo que como el traslado de régimen pensional celebrado el 10 de marzo de 1998, era ineficaz, este no

se subsanaba por virtud de las vinculaciones posteriores a otras AFP ni porque Colfondos le hubiese realizado una simulación pensional.

Concluyó que, Colpensiones debía recibir a la actora en el RPM y Colfondos debía trasladar a Colpensiones los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que la decisión de instancia debía revocarse porque no se había tenido en cuenta las obligaciones de la demandante como consumidora financiera, pues teniendo tiempo de sobra para revisar su decisión sobre su futuro pensional no lo hizo; que tampoco se había analizado el hecho de que quien causo el daño fue la AFP Porvenir y las otras demandadas y no Colpensiones; que no se le podía exigir a los fondos privados que en 1998 dieran una asesoría en los términos que la jurisprudencia exigía porque no era posible acreditar otra documentación diferente al formulario de afiliación.

Sostuvo que no podía ser obligada a recibir a la demandante en el RPM porque le generaría una carga al tener que reconocerle una pensión de vejez, afectando su estabilidad financiera.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última en lo que no fue objeto de alzada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos, que: *i)* la señora LUZ AMPARO ACOSTA SALAS nació el 03 de abril de 1957; *ii)* estuvo afiliada al ISS entre el 19 de enero de 1983, y el 30 de abril de 1998, donde aportó 188,71 semanas según historia laboral emitida por Colpensiones el 22 de julio de 2021 (archivo 13 carpeta 1ª inst. exp. Digital); *iii)* se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir mediante formulario de vinculación firmado el **10 de marzo de 1998**, con efectividad a partir del 01 de mayo de 1998; y *iv)* realizó traslados horizontales entre AFPs así:

- A Colpatria mediante formulario suscrito el 28/05/1999.
- A Porvenir mediante formulario suscrito el 12/05/2000
- A Skandia mediante formulario suscrito el 30/07/2008
- A Porvenir mediante formulario suscrito el 25/02/2009
- A Colfondos mediante formulario suscrito el 31/07/2013 en donde permanece hasta la actualidad.

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 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 el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y empezó a realizar aporte **–10 de marzo de 1998–**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Porvenir 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 10 de marzo 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.

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 se vinculó a varias AFP, 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.

De otro lado, no podría sostenerse podría sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –actos de relacionamiento-, o que al haber permanecido en el mismo régimen desde el año 1998, era porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demostraba su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

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

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

Tampoco puede admitirse que porque actualmente está inmerso en la prohibición legal de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 no es dable declarar la ineficacia, porque esta se generó al momento del traslado inicial año 1998; y el hecho que se hubiese trasladado entre fondos privados no convalida el cambio de régimen, primero, porque la ineficacia es insubsanable (sentencia CSJ SL1688-2019), y segundo, porque el hecho de realizar «*sucesivas afiliaciones en el RAIS, después de haber abandonado el RPM, no tiene como consecuencia que de ello*» convalide el incumplimiento del deber de información (sentencia CSJ SL3349-2021).

Debe hacerse claridad además en que, los fondos privados tienen libertad probatoria para probar que el consentimiento del afiliado vertido en el formulario de afiliación **fue informado**, es decir, puede hacerlo a través de cualquier medio de prueba conforme lo establecido en el Código General del Proceso, por ende, resulta equivocado el argumento de Colpensiones al señalar que exigirle que allegue un documento diferente al formulario de afiliación resultaba ser un imposible jurídico, máxime que el deber de información nació desde la creación del RAIS, y era a los fondos privados como expertos en la materia a quienes le correspondía tener los archivos de la documentación soporte del traslado.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ 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 la sentencia de primer grado, en el sentido de condenar a la AFP Colfondos, Skandia y Porvenir S.A., a pagar con su propio patrimonio, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

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

PRESCRIPCIÓN

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

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

COSTAS

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR Y ADICIONAR NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el cual quedara así:

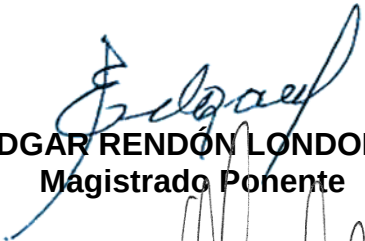
- **CONDENAR** a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad desde el 01 de septiembre de 2013 en adelante, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez 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.
- **CONDENAR** a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A a 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 con cargo a sus propios recursos, descontados a la demandante entre el 1° de septiembre de 2008 y el 31 de marzo de 2009. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.
- **CONDENAR** a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, a 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 con cargo a sus propios recursos, descontados a la demandante entre el 1° de mayo de 1998 y el 31 de agosto de 2008 y desde el 1° de abril de 2009 hasta el 31 de agosto de 2013. 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 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 \$1.160.000.



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

RADICADO	110013105030201900462-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	AIDÉ FORERO HERNÁNDEZ
DEMANDANDO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de mayo 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 **AIDÉ FORERO HERNÁNDEZ**, se **declare** la ineficacia y/o nulidad del traslado del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) administrado por la AFP Porvenir y posteriormente a otras AFP, por omisión al deber de información. En consecuencia, se **ordene** a la AFP Protección 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 **ordene** a Colpensiones activar su afiliación al RPM y actualizar su historia laboral, a lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 87-98 archivo 1, carpeta 1ª inst, exp. Digital), señaló en síntesis, que nació el 07 de mayo de 1962; que se afilió al ISS desde el 21 de mayo de 1985, acumulando 359,43 semanas; que el 7 de julio de 1997, se trasladó al RAIS a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir, que se vinculó con la AFP Protección el 16 de mayo de 2003, a la AFP Skandia el 12 de noviembre de 2013, y que el 2 de marzo de 2015, regresó a la AFP Protección.

Narró que, el asesor de la AFP Horizonte le aseguró que el ISS se encontraba en graves problemas financieros, por lo que permanecer allí podría en riesgo sus aportes a pensión, que en el RAIS tendría una mayor pensión, que no tendría retrasos en el pago de sus mesadas como ocurría en el ISS. Agregó que, ese asesor no desplegó una actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado al RAIS; que tampoco le explicó las características de los dos regímenes pensionales, ni las prestaciones que reconocía cada uno de ellos con requisitos, ni el monto de la pensión, pues no le realizaron proyecciones pensionales que le permitieran tomar una decisión informada y consiente.

Indicó que, el asesor de Santander hoy Protección tampoco la ilustró de forma completa sobre las características de los dos regímenes, ni le explicó que tenía la posibilidad de retornar al RPM antes de llegar a sus 47 años, ni antes de esa data le realizó proyecciones pensionales ni le hizo una reasesoría a fin de verificar las condiciones pensionales en las que se encontraba.

Refirió que, la AFP Protección le informó que tenía derecho a una mesada pensional de \$781.000, mientras que en el RPM sería de 3.818.722; que ante ese panorama solicitó a esa AFP, a Porvenir y a Skandia la nulidad de la afiliación al RAIS, y a Colpensiones que activara su vinculación al RPM, pero que todas negaron lo solicitado.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 255-263 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, señaló que era cierto la fecha de nacimiento de la actora, que estuvo vinculada al ISS, que se trasladó al RAIS a través de la AFP Horizonte, y que agotó la reclamación administrativa; frente a los demás, indicó que no le constaban por ser un hecho externo a esa entidad y que debían probarse. Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y la no configuración del derecho al pago de los intereses moratorios.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (f.º 295-313 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la actora se trasladó al RAIS a través de la AFP Horizonte mediante formulario suscrito el 07 de julio de 1997, a los demás manifestó que no le constaban por corresponder a un tercero, o que no eran ciertos. Aclaró que, le dio información a la actora conforme la normatividad vigente para esa fecha, resaltando que sus funcionarios realizan procesos exhaustivos de capacitación y formación para entregar información completa a los potenciales afiliados; y que las condiciones, características, ventajas y desventajas del RAIS se encontraban establecidas en la Ley 100 de 1993, por lo que la actora podía validarlas en cualquier momento.

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

La **AFP PROTECCIÓN** contestó (f.º 168- archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora, que se afilió a Santander hoy Protección el 16 de mayo de 2003; que se trasladó a otra AFP y retornó a esta el 2 de marzo de 2015; que presentó petición la cual se resolvió de forma negativa; frente a los demás indicó que no eran ciertos o que no le constaban por corresponder a un tercero. Aclaró que, al momento del traslado ilustró a la actora sobre las características del régimen y las prestaciones que a futuro una vez cumplidos los requisitos podría solicitar, el derecho de retracto y las

oportunidades que tendría para retornar el RPM pero que había sido ella quién no había hecho uso de las mismas y por el contrario había elegido siempre administradoras del RAIS, y que le realizó proyecciones pensionales verbales en ambos regímenes, con el fin de darle un panorama de ambos regímenes, y que fue ella quien de forma libre escogió.

Formuló la excepción previa de falta de integración del Litis consorcio por pasiva con la AFP Skandia y Colfondos. Y de fondo, las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP,; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá mediante auto del 1º de octubre de 2020, ordenó vincular como litis consorcio necesario a la AFP Colfondos S.A. (f.º 324 archivo 01, carpeta 1ª inst, exp. digital), entidad que una vez notificada contestó la demanda indicando que (archivo 02, carpeta 1ª inst, exp. digital), se opone a las pretensiones de la demanda, por cuanto la información suministrada a la demandante se encontraba acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejercía la Superintendencia Financiera de Colombia. Por lo tanto, las reglas y condiciones en que se realizó la vinculación, no fue caprichosa, sino que obedeció al resultado de dichas disposiciones que regulan el RAIS y las instrucciones que al efecto ha impartido la SuperFinanciera; que era claro que la demandante había tomado una decisión informada y consciente, y en señal de ello suscribió el formulario de vinculación o traslado al RAIS, manifestando pleno conocimiento y consentimiento conforme la firma que plasmo en el mismo, dejó constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones del régimen de ahorro individual con solidaridad. Frente a los hechos dijo que ninguno le costaba porque no estaban dirigidos a esa entidad.

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

En virtud del acuerdo PCSJA21-11766 del 11 de marzo de 2021, el proceso fue enviado al Juzgado Segundo Laboral Transitorio de Bogotá D.C., quien el 03 de junio de 2021, celebró audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, donde declaró no probada la excepción previa propuesta por la AFP Protección de falta de integración del Litis consorcio por pasiva con la AFP Skandia y Colfondos, decisión que fue objeto de recurso de apelación por todas las entidades que conformaban la parte pasiva, y la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá mediante providencia del 30 de septiembre de 2021, decidió confirma el auto impugnado.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 14 de julio de 2022 (archivo 11-12 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: Declárese ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante señora AIDÉ FORERO HERNÁNDEZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.636.235 de Bogotá D.C., del Régimen De Prima Media Con Prestación Definida administrado por el extinto Instituto de los Seguros Sociales hoy COLPENSIONES al Régimen De Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a partir del 1° de septiembre de 1997, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: Declárese válidamente vinculada a la demandante señora AIDÉ FORERO HERNÁNDEZ al régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a lo indicado en la parte motiva.

TERCERO: Condénese a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a devolver todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a sus rendimientos, y los costos cobrados por concepto de administración por el lapso en que permaneció en esta administradora esto es desde el 1° de julio del 2003 hasta el 31 de diciembre del 2013 y desde el 1° de mayo del 2015 hasta que se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por

administración deberán ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora y debidamente indexados.

CUARTO: Condénese a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en dicha administradora, esto es desde el 1º de septiembre de 1997 al 30 de noviembre de 1999 y desde el 1º de febrero del 2002 al 30 de junio del 2003, dichas sumas deberán ser cubiertas con recursos propios del patrimonio de la administradora y debidamente indexados.

QUINTO: Condénese a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver a COLPENSIONES los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en dicha administradora, esto es desde el 1º de diciembre del 1999 al 31 de enero del 2002, dichas sumas deberán ser cubiertas con recursos propios del patrimonio de la administradora y debidamente indexados.

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

SEPTIMO: Declárense no probadas las excepciones planteadas por las demandadas, conforme a lo expuesto.

OCTAVO: Condenar en costas de esta instancia a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Por secretaría líquidense e inclúyanse como agencias en derecho la cantidad de TRES MILLONES SEISCIENTOS MIL DE PESOS (\$3'600.000) a cargo de Protección S.A. y la suma de UN MILLON QUINIENTOS MIL PESOS (\$1'500.000) a cargo de Colfondos S.A. y Porvenir S.A. respectivamente y a favor de la demandante. Al momento de efectuar la liquidación deberá tenerse en cuenta que mediante providencia 30 de septiembre del 2021 la Sala Laboral del honorable Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, condenó en costas a la AFP PROTECCIÓN S.A. por la suma de \$900.000

NOVENO: Sin costas ni a favor ni en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

Fundamentó su decisión, en que se encontraba probado que la demandante nació el 07 de mayo de 1962; que se afilió al RPM-ISS el 21 de mayo de 1985, donde cotizó hasta el 30 de noviembre de 1995 un total de 379,29 semanas; que se trasladó al RAIS a través de la AFP Horizonte mediante un formulario de afiliación firmado el **07 de julio de 1997**, con efectividad a partir del 1 de septiembre de igual año, que se vinculó con Colfondos el 29 de octubre de 1999, con Porvenir el 07 de diciembre de 2001, con

Santander el 16 de mayo de 2003, con Skandia el 12 de noviembre de 2013, y finalmente con Protección el 02 de marzo de 2015, donde permanece hasta la actualidad.

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

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

Indicó que, en el presente asunto la AFP que realizó el traslado de régimen pensional en 1997, esto es, Horizonte hoy Porvenir no actuó con el cuidado de dar toda la información necesaria para cumplir con la teoría de la voluntad informada, pues este era un tema especialísimo de altos conocimientos que solamente los alcanzan las personas que están dedicadas al oficio de administrar las pensiones.

Advirtió que, en el plenario no se había acreditado que la demandante hubiese recibido por parte de la AFP Horizonte hoy Porvenir ilustración 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, de ahí que resultaba ineficaz el traslado inicial y los realizados con posterioridad a las otras AFP.

Sostuvo que, los traslados horizontales no ratifican el traslado inicial que está viciado de ineficacia; que si bien tanto en el formulario de afiliación inicial como en los demás encontraba una proforma de declaración de libre y voluntaria de haber elegido a cada administradora de pensiones, ello no era suficiente para dar por acreditado dicho deber, porque allí no se evidenciaba una decisión informada y por ello no podía conocer las consecuencias de su decisión.

Advirtió que, Protección S.A. debía devolver todos los valores que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a sus rendimientos, y los costos cobrados por concepto de administración por el lapso en que permaneció en esta administradora hasta que se haga efectivo el traslado, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados; que Porvenir y Colfondos también debían reintegrar a Colpensiones los costos cobrados por concepto de administración durante el tiempo que permaneció en cada una, sumas que debían ser cubiertas con recursos propios del patrimonio de la administradora y debidamente indexados.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR** interpuso recurso de apelación argumentando que conforme el artículo 9 del CC la ignorancia de la ley no sirve de excusa para su incumplimiento, lo que implicaba que la actora debía conocer la Ley 100 de 1993, máxime que esta era una norma de orden público donde están reguladas las condiciones de afiliación traslado, cotización, y reconocimiento de prestaciones tanto en el RPM como en el RAIS, por ende, no puede alegar desconocimiento de la norma para acusar a Porvenir de haber abusado de su posición dominante, para relevarse de probar las circunstancias que alega.

Solicitó que, en caso de confirmarse la decisión de primera instancia, se absuelva de devolver los gastos de administración, porque estos se descontaron por ministerio de

la ley, y como contraprestación a la administración del capital de la cuenta de ahorro individual; que finalmente gracias a ello se incrementó su saldo inclusive por encima del mínimo establecido por la Superfinanciera. Y por otro lado, porque ello configuraría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones en la medida que no existía norma que así lo dispusiera, pues el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, establecía que si el traslado se producía del RAIS al RPM se debía transferir a este último el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos, que se acreditará en términos de semanas cotizadas, de acuerdo con el salario base de cotización, lo que evidencia que los gastos de administración no estaban destinados a financiar la pensión.

Narró que, igualmente en el RPM también se descontaban de las cotizaciones un 3% para financiar los gastos de administración y la pensión de invalidez y sobrevivientes, por lo que en efectos estos no formaban parte integral de la pensión de vejez y por ello estaban sujetos al fenómeno de la prescripción.

Consideró que, si se ordena devolver los gastos de administración y los rendimientos financieros, estos últimos solo se deben trasladar conforme lo mínimo que se genera en Colpensiones.

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación con el fin de que se modifique la sentencia de instancia en el sentido de que se ordena a la AFP Horizonte hoy Porvenir a recibir a la actora y a tratarla con las reglas del RPM, pues fue esa AFP quien incumplió con el deber de información.

Sostuvo que, las decisiones judiciales sobre la materia imparten una justicia incompleta, pues si bien protegían los derechos de los afiliados, no tiene en cuenta los de Colpensiones, pues está siendo condenada por un hecho que no cometió, y está siendo obligada a recibir infinidad de personas a las que tiene que reconocerles una mesada pensional, lo que afectaba gravemente la sostenibilidad financiera del sistema, por lo que proponen otra solución a la problemática, donde la AFP que causó el daño lo repare conforme las reglas del RPM.

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 en favor de esta última en lo que no fue objeto de alzada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos, que: *i)* la señora AIDÉ FORERO HERNÁNDEZ nació el 07 de mayo de 1962; *ii)* se afilió al ISS donde aportó desde el 16 de junio de 1988, hasta el 31 de enero de 1996, un total de 359,43 semanas según historia laboral emitida por Colpensiones el 27 de septiembre de 2018 (f.º 48-51 archivo 01 carpeta 1ª inst. exp. Digital); *iii)* se trasladó al RAIS a través de la AFP Horizonte mediante formulario de vinculación firmado el **07 de julio de 1997** con efectividad a partir del 01 de septiembre de 1997; y *iv)* realizó traslados horizontales entre AFPs así:

- A Colfondos mediante formulario suscrito el 29/10/1999.
- A Porvenir mediante formulario suscrito el 07/12/2001
- A Santander mediante formulario suscrito el 16/05/2003
- A Skandia mediante formulario suscrito el 12/11/2013
- A Protección mediante formulario suscrito el 02/03/2015 en donde permanece hasta la actualidad.

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 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 el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y empezó a realizar aporte **–07 de julio 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 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 07 de julio 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.

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 se vinculó a varias AFP, 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.

De otro lado, no podría sostenerse podría sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –actos de relacionamiento-, o que al haber permanecido en el mismo régimen desde el año 1997, era porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demostraba su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

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

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

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

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

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

Tampoco puede admitirse que porque actualmente está inmerso en la prohibición legal de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 no es dable declarar la ineficacia, porque esta se generó al momento del traslado inicial año 1997; y el hecho que se hubiese trasladado entre fondos privados no convalida el cambio de régimen, primero, porque la ineficacia es insubsanable (sentencia CSJ SL1688-2019), y segundo, porque el hecho de realizar «sucesivas afiliaciones en el RAIS, después de haber abandonado el RPM, no tiene como consecuencia que de ello» convalide el incumplimiento del deber de información (sentencia CSJ SL3349-2021).

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les

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

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

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

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, 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 la sentencia de primer grado, en el sentido de condenar a la AFP Colfondos, Protección y Porvenir S.A., a pagar con su propio patrimonio, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, toda vez que el a quo omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la

cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

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

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

COSTAS

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a pagar con su propio patrimonio y trasladar a Colpensiones, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con

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

SEGUNDO: ADICIONAR NUMERAL CUARTO de la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, a pagar con su propio patrimonio y trasladar a Colpensiones, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: ADICIONAR NUMERAL QUINTO de la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, 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.

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

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Porvenir 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 Colpensiones y la AFP Porvenir S.A., la suma de \$1.160.000 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

RADICADO	110013105033201900360-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MAURO SILVIO CALVACHE BUCHELY
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de mayo 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 **MAURO SILVIO CALVACHE BUCHELY** 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 y posteriormente a la AFP Porvenir, por omisión al deber de información. En consecuencia, se les **condene** a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentran depositados en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados; que se **ordene** a Colpensiones activar su afiliación y corregir su historia laboral; que se **condene** a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 5-7 archivo 01, carpeta 1ª inst, exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 16 de junio de 1957; que se vinculó al ISS; que fue abordado por asesores de Colfondos quienes le ofrecieron de manera

incompleta las presuntas bondades d vincularse al RAIS, y en junio de 1996, firmó el formulario de afiliación a esa AFP; que dichos funcionarios sin tener la idoneidad, estudios y profesionalismo lo indujeron en error al suministrarle información engañosa y falsa sobre el monto de su pensión de vejez en el RAIS, pues le indicaron que vincularse con ello era mucho más seguro y rentable, porque el ISS iba a desaparecer.

Indicó que, el 1° de octubre de 2010, se trasladó a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A.; que allí nuevamente le manifestaron que podría pensionarse a la edad que quisiera con el momento que él escogiera lo que no era cierto asaltándolo en su buena fe; que no le explicaron la afectación que ese régimen traería en su mesada y bono pensional; que no le realizaron un comparativo de los dos regímenes, ni le hicieron proyecciones pensionales, para él poder identificar que le era mejor; que elevó derecho de petición ante Colpensiones, Colfondos y Porvenir solicitando el traslado al RAIS.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.° 146-181 archivo 01 carpeta 1ª inst 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 RPM realizando aportes, 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 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 COLFONDOS S.A.** contestó (f.° 145 archivo 01 carpeta 1ª inst exp. digital), allanándose a las pretensiones de la demanda.

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá mediante auto de fecha 14 de diciembre de 2021, tuvo por no contestada la demanda por parte de la AFP Porvenir (archivo 07, carpeta 1ª inst. exp. digital).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 06 de abril de 2022 (archivo 14-15 carpeta 1ª inst, exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y con esto a la afiliación realizada a MAURO SILVIO CALVACHE BUCHELY identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.401.284 el 30 DE MAYO DE 1996, por parte de COLFONDOS S.A.

SEGUNDO: DECLARAR que MAURO SILVIO CALVACHE BUCHELY actualmente se encuentra afiliado 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 MAURO SILVIO CALVACHE BUCHELY a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos y bonos pensionales a que haya lugar.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación de MAURO SILVIO CALVACHE BUCHELY, al RPMPD e integrar en su totalidad la historia laboral del 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 el DEMANDANTE estuvo afiliado en cada una de ellas.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS, las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y demás presentadas por las demandadas, conforme lo expuesto en parte motiva de esta providencia.

SEPTIMO: NEGAR el allanamiento propuesto por Colfondos.

OCTAVO: COSTAS de esta instancia quedan a cargo de PORVENIR. Se fijan como Agencias en Derecho la suma de DOS (2) SMLMV para COLFONDOS y TRES (3) SMLMV para PORVENIR.

El a quo indicó que, no era objeto de discusión que el demandante cotizó al régimen de prima media a partir del 12 de junio de 1981, el hasta 30 de junio de 1996; que el 30 de mayo de 1996, se trasladó al RAIS a través de la AFP Colfondos, y posteriormente el 10 de agosto de 2010 se vinculó con 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; 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.

Señaló que, al verificar los formularios de afiliación de ellos no se desprendía que al actor 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; que del interrogatorio de parte rendido por el actor no se evidencia confesión respecto de que le hubiesen ilustrado sobre los dos regímenes pensionales, ni que consecuencias tendría su cambio de régimen, ni se le explicó sobre las prestaciones y como podría acceder a ellas en su situación particular, y que ello sumado al allanamiento de Colfondos a las pretensiones y hechos de la demanda, lo llevaba a concluir que el consentimiento del actor no había sido informado.

Concluyó que, en este proceso no había pruebas de que Colfondos hubiese cumplido con el deber de información, por tanto, declarararía la ineficacia del traslado realizado el 30 de mayo de 1996, con todas las consecuencias jurídicas.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación argumentando que en ese asunto no se había acreditado ninguno de los vicios del consentimiento, lo que conducía a que el traslado a esa AFP era eficaz y válido; además, que la acción de nulidad en este asunto se encontraba prescripta.

Señaló que, el artículo 1741 CC, establecía que cuando exista objeto o causa ilícita o el negocio se celebrada por persona incapaz el contrato estaba viciado de

nulidad absoluta y cualquier otra irregularidad producía una nulidad relativa, y que en ese asunto no se demostraron los elementos para que se configurara una nulidad absoluta, máxime que el formulario de afiliación era un documento que se presumía auténtico y además contenía la declaración que exigía el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, y que este no había sido tachado de falso, por lo que no era dable restarle valor y menos desconocerlo.

Refirió que, el actor si recibió información por parte de Colfondos, así como cuando se vinculó con Porvenir y de ello era prueba el formulario por él firmado, además que ese traslado horizontal entre administradoras del RAIS ratificaba su voluntad de permanecer en ese régimen, sumado a que desde el año 1996, realizaba aportes a este.

Sostuvo que, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sancionaba la conducta de impedir o atentar contra la afiliación del trabajador, lo que suponía un dolo que no fue probado dentro de esta Litis, porque esa AFP no impidió ni atentó contra la afiliación de este, sino que le brindó una alternativa diferente y el demandante haciendo uso de la libertad de escogencia decidió cambiarse de régimen.

Señaló que, el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, establecía que cuando el traslado se producía del RAIS al RPM, se debía transferir a este último el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos, que se acreditará en términos de semanas cotizadas, de acuerdo con el salario base de cotización, por lo tanto, con fundamento en esta norma no se podía ordenar la devolución de sumas diferentes a las allí plasmadas.

Narró que, tanto en el RPM como en el RAIS se hacía descuentos por gastos de administración, y que no se podía desconocer que había realizado una buena gestión con los recursos que se le encomendaron; que trasladar los mismos a Colpensiones traería un enriquecimiento sin causa en su favor; que a estos se le debe aplicar la prescripción porque no hacen parte de la pensión de vejez.

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que no debía declararse la ineficacia del traslado de régimen dado que ello afectaba la sostenibilidad del sistema pensional, porque no se sabía si el ahorro del demandante en el RAIS a la fecha alcanzaba para cubrir su pensión de vejez que en un futuro se le reconozca en el RPM, máxime que esa entidad no le ha realizado proyecciones ni a planeado el pago de su prestación.

Señaló que, su inconformidad radicaba en que se le exigía a la AFP demostrar el cumplimiento del deber de información, cuando era al afiliado a quien le correspondía la misma, pues era él quien estaba alegando que no lo ilustraron, lo que consideraba una carga desproporcionada, máxime que él había firmado de forma libre y voluntaria el formulario de traslado al RAIS, y desde 1996, realizaba aportes a ese régimen, sin haber manifestado inconformidad alguna, y era evidente que su desconcierto estaba fundado en la cuantía de la mesada que se le reconocería en el RAIS frente a la que eventualmente le liquidarían en Colpensiones.

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 en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor MAURO SILVIO CALVACHE BUCHELY nació el 16 de junio de 1957; **ii)** que se afilió al ISS donde aportó desde el 12 de junio de 1981, hasta el 30 de junio de 1996 un total de 661,43 semanas; **iii)** que el **30 de mayo de 1996**, 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, según certificado SIAFP (f.° 220 archivo 01, carpeta 1ª inst exp. Digital); y **iv)** que el 10 de agosto de 2010, se vinculó a la AFP Porvenir (f.° 220-221 archivo 01, carpeta 1ª inst 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 la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**30 de mayo de 1996**-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Colfondos 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).

Se advierte que Colfondos NO allegó pruebas tendiente a demostrar que cumplió con el deber de información que sobre él recaía, y en el expediente solo obra el certificado de consulta SIAFP allegado por Porvenir, y el formulario de vinculación a Porvenir de los cuales no se evidencia que para el momento previo o durante la suscripción del formulario de afiliación con Colfondos el 30 de mayo de 1996, al

demandante se le hubiese suministrado 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.

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

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

De otro lado, no podría sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –actos de relacionamiento-, o que al haber permanecido en el mismo régimen desde el año 1996, era porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demostraba su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

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

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se***

trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad. (Negrillas fuera del texto original).

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

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

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

Debe hacerse claridad además en cuanto a que, los fondos privados tienen libertad probatoria para probar que el consentimiento del afiliado vertido en el formulario de afiliación **fue informado**, es decir, puede hacerlo a través de cualquier medio de prueba conforme lo establecido en el Código General del Proceso, por ende, resulta equivocado señalar que a las AFP se les está imponiendo obligaciones que no estaban previstas en el ordenamiento jurídico al momento del traslado, máxime que el deber de información nació desde la creación del RAIS, y era a los fondos privados como expertos en la materia a quienes le correspondía tener los archivos de la documentación soporte del traslado, pero aquí Colfondos no demostró siquiera que hubiese entregado la información básica.

También debe indicarse que, si bien el actor refirió que su mesada pensional en el RAIS es inferior la que hubiese obtenido en el RPM, lo cierto es que, ello de ninguna manera desvirtúa o subsana la omisión de la AFP en su deber de información a la data de su traslado, pues la validez de dicho acto jurídico depende del consentimiento informado, es decir, de que la AFP hubiese atendido estrictamente o no su deber de información según el momento histórico en que debía cumplirse, supuesto en el que resulta inane si la mesada pensional presenta una presunta diferencia en su cuantía.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que 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 Porvenir S.A. y a Colfondos 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 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 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 las demandadas Colpensiones y AFP Porvenir S.A., como quiera que sus recursos de alzada no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

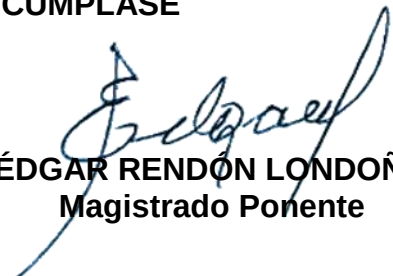
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR EL NUMERAL QUINTO de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.** y a la **AFP COLFONDOS 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 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 Colpensiones y la AFP Porvenir.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones y la AFP Porvenir S.A., la suma de \$1.160.000 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

RADICADO	11001310500720190041701
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ARIEL RODRÍGUEZ OSORIO
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de mayo 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 **Ariel Rodríguez Osorio** 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 Porvenir S.A. el 1 de enero de 2020 por omisión en el deber de información. Como consecuencia de lo anterior, se **condene** al fondo demandado a trasladar a Colpensiones las cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubiesen causado; que se **condene** a las demandadas a las costas y agencias en derecho.

Subsidiariamente solicita que, en caso de no declararse la nulidad, se **declare** la ineficacia e inoperancia de los efectos del traslado de régimen pensional.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº 5 a 7 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que estuvo afiliado al ISS desde el 31 de julio de 1990, hasta el 31 de agosto de 1998; que sus trasladó a Porvenir S.A. se hizo efectivo

a partir del 1 de enero de 2000; que al momento de su traslado al fondo, no fue asesorado o informado de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna respecto a las diferencias entre uno u otro régimen de pensiones, prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los beneficios, riesgos, desventajas o inconvenientes de este régimen; que Porvenir no lo asesoró respecto al régimen que más le convenía, teniendo en cuenta su historia laboral, edad, tiempo laborado y cotizado; que no se le informó cuanto debía ser el capital que debía acumular en su cuenta de ahorro individual para adquirir el derecho a una pensión; que no se le informó sobre la posibilidad de negociar el bono pensional entregado por el RPM, para anticipar su pensión; que no se le informó sobre el derecho de retracto; que no se le realizaron proyecciones futuras de la pensión; que no se le informó sobre la tasa de reemplazo en relación con las pensiones de vejez del RAIS, tampoco se le informó sobre las condiciones requeridas para pensionarse anticipadamente; que mediante solicitud del 2 de mayo de 2019, petitionó el traslado del RAIS al RPM, petición que fue rechazada por la entidad ese mismo día; que actualmente se encuentra vinculado y cotizando para pensiones en Porvenir.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (fº 88 a 121, archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el accionante estuvo afiliado al ISS desde el 31 de julio de 1990, hasta el 31 de agosto de 1998; que se trasladó al RAIS con la AFP Porvenir; que el día 2 de mayo de 2019 fue solicitado el traslado al RPM, petición que fue negada este mismo día. Frente a los restantes supuestos facticos dijo no constarle. Como excepciones de mérito, propuso las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** contestó (fº 155 a 176 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el demandante actualmente se encuentra vinculado y cotizando para pensiones en Porvenir. Frente a los restantes supuestos facticos, dijo no constarle o no ser ciertos. Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 21 de octubre de 2020 (archivo 7 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

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

✓ el señor **ARIEL RODRIGUEZ OSORIO** con la AFP **PORVENIR SA** el 9 de febrero de 1999 contenida en formulario No. 01182389.

*SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR SA a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora **ARIEL RODRÍGUEZ OSORIO** 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 Ordenar a PORVENIR a devolver a Colpensiones todos los descuentos realizados por aportes pensionales del demandante desde su vinculación 1999, tales como el porcentaje de los gastos de administración, prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de pensión de garantía, debidamente indexado con cargo a sus propios recursos, al momento de cumplirse esta orden judicial, para lo cual se le concede a Porvenir el termino de 30 días, contados a partir de la notificación del auto de obediencia al superior, deberá presentar al despacho un informe discriminando todos los valores objeto de devolución, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingresos base de cotización, descuentos objeto de devolución, indexación y de los rendimientos y toda la información relevante que los justifique y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia.

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

QUINTO: Se declaran no probadas las excepciones presentadas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR SA.

SEXTO: Se condena en costas a Porvenir y a favor del demandante. Las agencias en derecho se tasan a favor del demandante en la suma de 2 SMMLV, a cargo de cada uno de los fondos.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que los Fondos Privados de Pensiones, desde su creación, tenían la obligación de suministrar a los usuarios de los servicios 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 la mejor opción en el mercado, conforme lo estableció la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, en consonancia con lo previsto en el artículo 33 numeral 1 del artículo Decreto 663 de 1993. Sostuvo que, el artículo 1603 del Código Civil, consagra el principio de buena fe en la celebración de contratos, el cual implica que las partes deben contar con la información suficiente sobre los actos que celebran, máxime tratándose de relaciones contractuales derivadas del Sistema de Seguridad Social en favor de trabajadores. Después de hacer un recuento normativo

sobre la evolución del deber de información a cargo de las AFP, afirmó que al momento de la afiliación y traslado de régimen pensional que efectuó el demandante en 2000, Porvenir S.A. tenía la carga de suministrar una información veraz.

Indicó que, Porvenir S.A era quien tenía la carga de acreditar que al demandante se le había brindado la información suficiente y correcta al momento del traslado del régimen pensional, pues, lo alegado por el actora con relación a la ausencia del cumplimiento del deber de información correspondía a una negación indefinida, la cual debía valorarse bajo la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso, que indica este tipo de negaciones no requieren prueba, de manera que a quien le correspondía comprobar el hecho positivo contrario, es decir, la debida asesoría e información, era a Porvenir S.A. Adicionalmente manifestó que, lo anterior se acompasa con lo previsto en el artículo 1604 del Código Civil; que consiga que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, que en este caso naturalmente era Porvenir S.A.

Expuso que, no obraba en el plenario ningún medio probatorio que demuestre que, al momento de efectuar el cambio de régimen en 2000, al demandante se le hubiera suministrado la información veraz, clara, precisa, comprensible y detallada respecto a las consecuencias que traería para su futuro pensional la decisión de trasladarse. Preciso que, el formulario de traslado es un verdadero contrato de adhesión que no contenía la información suficiente como para que se pudiera inferir de él que se cumplió con ese deber de carácter legal a cargo de la AFP, por ello, indicó que constituye un medio probatorio suficiente para acreditar que a la demandante sí se le proporcionó la información adecuada requerida para que ella tomara una decisión que atendiera a sus reales intereses. Adicional a ello, sostuvo que del interrogatorio de parte no se extrae confesión alguna que demuestre que previo a su traslado se le brindó la correspondiente información.

Determinó que, la afiliación a la AFP quedaría sin efecto, es decir, sería declarada como ineficaz, por lo que se devolvería la situación del demandante al estado en que estaría si el mentado acto no hubiese existido jamás, por lo que ordenaría igualmente la devolución de la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual, incluyendo la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros que se causen a la entrega del dinero. Asimismo, estableció que la AFP debería devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a su propia cuenta o cualquier otro valor que se hubiese descontado de los aportes pensionales del demandante mientras ha estado afiliado a Porvenir, con su respectiva actualización monetaria.

Concluyó que, Colpensiones no cumplió con su carga probatoria de acreditar que efectivamente la ineficacia y el retorno de la afiliación de la demandante atentaba contra la sostenibilidad financiera del sistema, dado que con la devolución de los aportes y demás réditos provenientes de Porvenir S.A. estaría garantizada la pensión de la demandante y, en todo caso, precisó que esta entidad no aportó un cálculo de rentabilidad equivalencia que demostrara tal alegación. Respecto de la prescripción indicó que la seguridad social es un derecho de carácter irrenunciable cobijado por el principio de imprescriptibilidad, posición que tiene asidero en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral CSJ SL59174-2019.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, con la finalidad que sea revoque en su integralidad y para ello señaló que, dentro del expediente no se ha demostrado la existencia de vicios del consentimiento en los términos del artículo 1740 del Código Civil.

Sostuvo que, era deber del demandante informarse adecuadamente respecto del Sistema General de Pensiones y aprovechar los mecanismos de divulgación y de información para conocer su funcionamiento, al no haber sido ello así, su comportamiento da a entender que su intención era permanecer en el RAIS; que el accionante, se encuentra inmerso en la prohibición contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por encontrarse a menos de 10 años de cumplir la edad requerida.

Afirmó que, los fondos privados únicamente cuentan con la constancia de un consentimiento libre vertido en el formulario de afiliación del demandante, es decir que, las leyes que surge entre el año 1993 y 2014, no exigían cosa diferente que a la suscripción del formulario de afiliación, por tal razón, no se le pueden imponer a los fondos obligaciones diferentes a las contenidas en las normas vigentes de la época; con lo anterior, se viola el principio de confianza legítima y debido proceso de Colpensiones, quien sin haber participado en el trámite del traslado de régimen es quien debe afrontar una carga prestacional.

Agregó que, el señor Rodríguez no ha contribuido al fondo común que administra Colpensiones; que sin bien, no son recursos propios, si hacen parte del erario, generándose así una descapitalización del sistema. Por tal razón, no se puede autorizar, el traslado del actor al RPM.

Frente a la condena en costas, dijo que tal y como lo establece el artículo 48 de la Constitución Política, no se pueden destinar recurso de Colpensiones diferentes a su objeto, dado que el pago de costas y agencias en derecho son contrarios a esta perspectiva constitucional, como quiera que Colpensiones no participó en el acto que se declara ineficaz y es un tercero de buena fe.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** formuló recurso de apelación, con la finalidad que se revoque en su integridad la sentencia, teniendo en cuenta que no es factible la devolución de los gastos de administración, como quiera que conforme el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en el RPM también se destina del 3% de la cotización para gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia, conceptos que no forman parte integral de la pensión de vejez, por ello están sujetos a la prescripción.

Por otro lado, argumentó que en el año 2020, la Superintendencia Financiera sostuvo que en los eventos en los que procede la ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual, sin que sea procedente la devolución de gastos previsionales, debido a que la compañía aseguradora cumplió con el objeto contractual de mantener la cobertura durante la póliza; que no hay lugar a ordenar la indexación de estas sumas, como quiera la devaluación se cubre con los rendimientos generados en la 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 lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Porvenir, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los todos 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 Ariel Rodríguez Osorio nació el 09 de febrero de 1957 (f° 27, archivo 1 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que estuvo vinculado al ISS entre el 31

de julio de 1990, al 31 de agosto 1998 (fº 29 a 32 archivo 1 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y **iii)** que se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir S.A. (fº 178 y 179 archivo 1, de la 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 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).

Advierte la Sala, que es necesario entrar a dilucidar la fecha en la cual se realizó el traslado del demandante Rodríguez Osorio del RPM al RAIS, y para ello, tenemos que obra en el informativo certificación de afiliación expedida por Porvenir S.A. con fecha 5 de noviembre de 2019, la cual da cuenta que el accionante se encuentra afiliado a dicho fondo desde el 01 de julio de 1999; a su vez, la historia laboral consolidada y expedida por el fondo de pensiones demandado, demuestra que el señor Rodríguez se trasladó el 14 de mayo de 1999, siendo este efectivo a partir del 01 de julio de la misma anualidad, de ello también da fe, el formulario de afiliación y la certificación del Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP (f° 178, 179, 184 a 198, archivo 1, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital).

Lo anterior, es más que suficiente para colegir que, contrario a lo sostenido por el Juez de instancia, el señor Ariel Rodríguez Osorio se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A. a partir del 14 de mayo de 1999, mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Porvenir S.A., el cual se hizo efectivo a partir del 01 de julio de 1999.

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad **–14 de mayo de 1999–**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, 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 14 de mayo de 1999, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

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

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

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

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, 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 **CONDENAR** a la AFP Porvenir, 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, 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, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora, 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.

Ahora, no queda duda alguna que dichos valores deben ser indexados, como quiera que por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta pérdida, de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual del actor generó rendimientos, ellos no compensa la

devaluación que se pretende proteger con la indexación, por esta razón, no se acogen los fundamentos esbozados por Porvenir S.A.

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

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA

En cuanto a la condena en costas a Colpensiones en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, en los términos del numeral 1° del artículo 365 del CGP, como quiera que la misma fue vencida en juicio, además de haber presentado oposición a las pretensiones de la demanda.

Por otro lado, resulta también pertinente indicar que, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que las costas no son consecuencia de un proceder determinado de las partes, de allí que no interese para su imposición que se haya actuado de buena o mala fe, diligente o negligentemente. Ello por cuanto actuar con probidad y sensatez es un deber que se le exige a toda persona que acude a la justicia a reclamar un derecho, de allí que las costas derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago (CSJ SL4123-2019).

De esta forma, la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir para ejercer su defensa, sin que ello implique que se vean afectados los recursos del sistema general de pensiones de la recurrente, pues la imposición de este gravamen no está con cargo a los recursos con destinación específica provenientes de la seguridad social en pensiones, es decir, recursos del régimen de prima media con prestación definida, sumado al hecho que esta entidad pública cuenta con recursos propios destinados específicamente para atender las contingencias que se deriven de los juicios que se adelanten en su contra.

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).

Por otro lado, tenemos que ni los gastos de administración ni los valores por concepto de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, son objeto del fenómeno prescriptivo, habida cuenta que estos recursos al contribuir con la financiación y construcción de un derecho pensional tampoco podrían ser objeto de prescripción, aún más, cuando estos recursos constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza no solo el pago de las eventuales prestaciones a las que pudiera tener derecho el aquí demandante, sino, el de todos los afiliados del régimen de prima media con prestación definida.

Por lo anteriormente expuesto, tampoco salen avantes las elucubraciones planteadas por Porvenir.

COSTAS

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL NUMERAL PRIMERO la sentencia emitida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, el 21 de octubre de 2020, en el sentido de señalar que el traslado del régimen pensional efectuado por el señor el señor Ariel Rodríguez Osorio al régimen de ahorro individual, se hizo efectivo a partir del 1 de julio de 1999, por intermedio de la AFP Porvenir S.A.

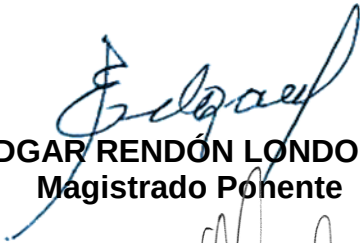
SEGUNDO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE

PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad, 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, 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, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a estas administradoras. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

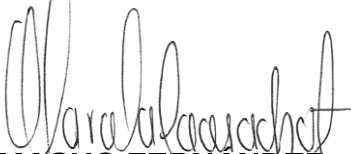
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



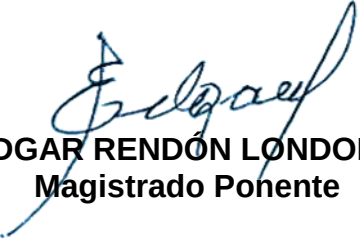
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo Porvenir S.A. y Colpensiones, la suma de \$1.160.000, para cada una de ellas.



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

RADICADO	11001310500720210028201
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ISIDRO RUBÉN SOLANO ESPITIA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de mayo 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 **Isidro Rubén Solano Espitia** 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 Protección S.A. el 30 de abril de 1994, por omisión en el deber de información. Como consecuencia de lo anterior, se **condene** al fondo demandado a trasladar a Colpensiones los aportes los intereses, rendimientos, saldos de cuenta individual y sumas adicionales de aseguradoras sin posibilidad de efectuar descuento alguno por gastos de administración y comisiones; que se **condene** a las demandadas a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº 2 a 3 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 29 de noviembre de 1959; que cuenta con 969.14 semanas de cotización de las cuales 274,57 lo fueron al RPM y 694,57 al RAIS; que Protección S.A. lo afilió con el simple diligenciamiento del formulario, sin

que recibiera asesoría necesaria para conocer las implicaciones económicas de un futuro escenario pensional, aun cuando tuviera en su momento solo expectativas pensionales y estuviera muy lejos de cumplir requisitos para obtener una pensión de vejez; que no le fue realizada una proyección de un futuro pensional, ni un cálculo actuarial, mucho menos una advertencia de que sus aportes y rendimientos quedaban al vaivén de la suerte del encaje bancario; que el 29 de noviembre de 2011, fecha límite para que trasladara sus aportes a Colpensiones, en estricta aplicación del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, la AFP no cumplió con su deber de informarle que se acercaba el plazo para hacerlo, solo guardó silencio y se limitó a enviarle los extractos semestrales de rendimientos de aportes durante los siguientes años; que no se le indicó cuál era el capital mínimo que debería alcanzar para tener una pensión vitalicia; que no se le suministró información, clara, cierta y comprensible.

Sostuvo que, se le indujo en error y fue engañado, debido a que se le suministró información insuficiente e incompleta para conocer las reales implicaciones de su futuro pensional; que no se ofreció una pensión más favorable; que el 08 de junio de 2020, solicitó el traslado de sus aportes a Colpensiones, solicitud que le fue negada por no reunir el requisito del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por encontrarse a menos de 10 años de cumplir la edad requerida.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 20, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante nació el 29 de noviembre de 1959; que el 08 de junio de 2020, fue presentada solicitud de traslado de sus aportes a Colpensiones, la que fue negada, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Frente a los restantes supuestos facticos dijo no constarle. Como excepciones de mérito, propuso las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción de la acción laboral, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de nulidad alegada; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** contestó (archivo 20, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el natalicio del demandante fue el 29 de noviembre de 1959; que a la fecha de presentación de la demanda, cuenta con 969.14 semanas de cotización, de las cuales 274,57 fueron al RPM y 694,57 al RAIS. Frente a los restantes supuestos facticos, dijo no constarle o

no ser ciertos. Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro 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 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.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 8 de septiembre de 2022 (archivo 32 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por:

✓ *El señor ISIDRO RUBÉN SOLANO ESPITIA con la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN el 29 de julio de 2003 contenida en el formulario No. 6346100.*

SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCIÓN SA a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular el señor ISIDRO RUBÉN SOLANO ESPITIA 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: ORDENAR a PROTECCIÓN SA a devolver a Colpensiones, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, para lo cual se le concede al fondo demandado el termino de treinta (30) días, contados a partir del auto de obediencia al Superior, deberán presentar un informe debidamente discriminadamente con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, descuentos objeto de devolución, su indexación y demás información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia.

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

QUINTO: SE DECLARAN NO PROBADAS las excepciones presentadas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

SEXTO: SE CONDENA en costas a los fondos demandados y a favor del demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de cada uno de los fondos.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que los Fondos Privados de Pensiones, desde su creación, tenían la obligación de suministrar a los usuarios de los servicios 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 la mejor opción en el mercado, conforme lo estableció la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, en consonancia con lo previsto en el artículo 33 numeral 1 del artículo Decreto 663 de 1993. Determinó que el artículo 1603 del Código Civil, consagra el principio de buena fe en la celebración de contratos, el cual implica que las partes deben contar con la información suficiente sobre los actos que celebran, máxime tratándose de relaciones contractuales derivadas del Sistema de Seguridad Social en favor de trabajadores. Después de hacer un recuento normativo, afirmó, sobre la evolución del deber de información a cargo de las AFP, que al momento de la afiliación y traslado de régimen pensional que efectuó el demandante en 2003, Santander hoy Protección S.A. tenía la carga de suministrar una información veraz.

indicó que, Santander hoy Protección S.A era quien tenía la carga de acreditar que al demandante se le había brindado la información suficiente y correcta al momento del traslado del régimen pensional, pues lo alegado por el actora con relación a la ausencia del cumplimiento del deber de información correspondía a una negación indefinida, la cual debía valorarse bajo la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso, que indica este tipo de negaciones no requieren prueba, de manera que a quien le correspondía comprobar el hecho positivo contrario, es decir, la debida asesoría e información, era a Protección S.A. Manifestó que, lo anterior se acompasa con lo previsto en el artículo 1604 del Código Civil; que consiga que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, que en este caso naturalmente era Protección S.A.

Expuso que, no obraba en el plenario ningún medio probatorio que demuestre que, al momento de efectuar el cambio de régimen en 2003, al demandante se le hubiera suministrado la información veraz, clara, precisa, comprensible y detallada respecto a las consecuencias que traería para su futuro pensional la decisión de trasladarse. Preciso que, el formulario de traslado es un verdadero contrato de adhesión que no contenía la información suficiente como para que se pudiera inferir de él que se cumplió con ese deber de carácter legal a cargo de la AFP, por ello indicó que constituye un medio probatorio suficiente para acreditar que a la demandante sí se le proporcionó la información adecuada requerida para que ella tomara una decisión que atendiera a sus reales intereses. Sostuvo que, del interrogatorio de parte no se extrae confesión alguna que demuestre que previo a su traslado se le brindó la correspondiente información.

Expresó que, la afiliación a la AFP quedaría sin efecto, es decir, sería declarada como ineficaz, por lo que se devolvería la situación del demandante al estado en que estaría si el mentado acto no hubiese existido jamás, y ordenaría igualmente la devolución de la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual, incluyendo la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros que se causen a la entrega del dinero. Asimismo, estableció que la AFP debería devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a su propia cuenta o cualquier otro valor que se hubiese descontado de los aportes pensionales del demandante mientras ha estado afiliado a Protección S.A., con su respectiva actualización monetaria.

Concluyó que, Colpensiones no cumplió con su carga probatoria de acreditar que efectivamente la ineficacia y el retorno de la afiliación de la demandante atentaba contra la sostenibilidad financiera del sistema, dado que con la devolución de los aportes y demás réditos provenientes de Protección S.A. estaría garantizada la pensión de la demandante y, en todo caso, precisó que esta entidad no aportó un cálculo de rentabilidad equivalencia que demostrara tal alegación. Respecto de la prescripción indicó que la seguridad social es un derecho de carácter irrenunciable cobijado por el principio de imprescriptibilidad, posición que tiene asidero en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral CSJ SL59174-2019.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, con la finalidad que sea revoque en su integralidad y para ello señaló que, esta entidad es una tercera llamada a juicio; que no participó en el traslado del régimen del demandante, pues el demandante se traslado de forma libre y consciente al punto de permanecer allí desde el año 2003, sin que elevara reclamación alguna en su permanencia en el RAIS; que no estaba dentro de las facultades de la entidad de retener o asesorar al demandante, para que no se trasladara de régimen.

Sostuvo que, el accionante se encuentra inmerso en la prohibición contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por encontrarse a menos de 10 años de cumplir la edad requerida; que el señor Solano no ha contribuido al fondo común que administra Colpensiones, que si bien no son recursos propios, sí hacen parte del erario, generándose así una descapitalización del sistema. Por tal razón, no se puede autorizar, el traslado del actor al RPM.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta a su favor 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 Santander hoy Protección, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los todos 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 Isidro Rubén Solano Espitia nació el 29 de noviembre de 1959 (f° 17, archivo 2 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que estuvo vinculado al ISS entre el 27 de abril de 1994, al 31 de enero 2001 (archivo 21 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y **iii)** que el **29 de julio de 2003**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Santander hoy Protección, el cual se hizo efectivo a partir del 1 de septiembre de 2003 (f° 35 y 36 archivo 23, de la 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 –**29 de julio de 2003**–, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Santander 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 Santander suscrito el 29 de julio de 2003, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

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

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

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, 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 **CONDENAR** a la AFP Protección, 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, 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, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por 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 la demandada Colpensiones, como quiera que su recurso de alzada no prosperó, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

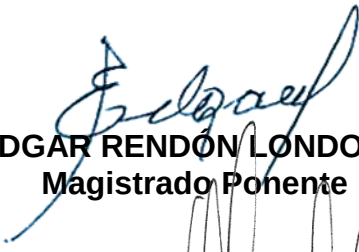
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad, 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, 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, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a estas 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 Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo Colpensiones, la suma de \$1.160.000, para cada una de ellas.



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

RADICADO	11001310501120180008901
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MARÍA ELENA BLANCO
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de mayo 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 **María Elena Blanco** 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 Davivir hoy Protección S.A. el 1 de julio de 1995. Como consecuencia de lo anterior, se **declare** que tiene derecho a la recuperación del RPM, a partir del 1 de julio de 1995; que se **condene** al fondo demandado a devolver a Colpensiones el bono pensional, sumas que resulten del respectivo calculo actuarial, desde la fecha en que el bono fue recibido hasta su entrega definitiva; que se **condene** al pago indexado del bono pensional, desde el momento de su recibo hasta su entrega; se condene al pago de intereses moratorios que recaen sobre el bono pensional.

De igual forma, se solicita que se **declare** que cuenta con más de 496 semas válidamente cotizadas en el RPM, en los 20 años anteriores al cumplimiento de los 55 años de edad; que se **declare** que su empleador Mano facturas de Calzado Gambinelli dejó de cotizar 4,29 semanas al periodo comprendido entre el 1 al 31 de 1999; que se declare que ha cotizado más de 513,57 semanas en los 20 años a anteriores al

cumplimiento de la edad mínima de pensión; que se **declare** que no se encuentra obligada a cotizar las 750 semanas a las que se refiera el parágrafo 4 del Acto Legislativo 01 de 2005; que se **declare** que Colpensiones la indujo en error con la expedición de la Resolución 106914, por lo que las cotizaciones realizadas con posterioridad al año 2011, no se deben tener en cuenta para determinar el disfrute de la pensión; se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez desde el cumplimiento de los 55 años de edad, es decir desde el 26 de diciembre de 2008; que se **condene** a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez desde el día 26 de diciembre de 2008, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre, los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el 26 de diciembre de 2008 hasta la fecha de pago de todas las mesadas pensionales; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Subsidiariamente solicita que, en caso de no declararse la ineficacia, se **declare** la nulidad de los efectos del traslado de régimen pensional.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 34 a 37 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 26 de septiembre de 1953; que se afilió al RPM el 30 de agosto de 1984; que el 1 de julio de 1995 se afilió al fondo de pensiones Davivir hoy Protección; que esta entidad no cumplió con la obligación legal de informar suficientemente al accionante sobre las implicaciones del cambio de régimen pensional; que no se le advirtió que era beneficiaria del régimen de transición y su traslado RAIS implicaría la pérdida del mismo; que no se le presentó cuadro comparativo en los que se evidenciaba las ventajas y desventajas de los regímenes que abandonaba y al que se suscribía, omitiendo información valiosa; que no se le advirtió sobre la forma en que se tasaría su futura pensión, ni mucho menos que los aportes pensionales correrían riesgo en la bolsa de valores o se verían afectados por el mercado de divisas; que se omitió entregar el texto del reglamento señalado en el artículo 15 y siguiente del Decreto 656 de 1994; que no se le indicó acerca del derecho de retracto; que el 3 de abril de 2017 se solicitó ante Colpensiones tener por no válida la afiliación realizada al RAIS y validar las semanas allí cotizadas para efectos del reconocimiento y pago de la pensión de vejez; que el 16 de mayo de 2017, solicitó a protección la nulidad de la afiliación realizada el 1 de julio de 1995, y el traslado a Colpensiones.

Narró que, prestó sus servicios para Manufacturas Calzado Gambinelli Ltda. desde el 30 de septiembre de 1984 al 31 de enero de 1999; que prestó sus servicios con el empleador Calzado L&L S.A.S. desde el 1 de julio de 2012, al 30 de septiembre de 2012; que cotizó válidamente 12 semas en el RAIS entre agosto y octubre de 1999,

en el fondo Davivir; que sus aportes fueron trasladados por esta AFP al ISS el 4 de marzo de 2009; que estos aportes no se encuentran reflejados en la historia laboral de Colpensiones; que el empleador Manufacturas Calzado Gambinelli Ltda. dejó de cotizar 4,29 semanas y que corresponden al periodo del 1 al 31 de enero de 1999; que en su historia laboral se reflejan 496 semanas en los 20 años anteriores al 26 de diciembre de 2008; que cumplió 55 años de edad el 26 de diciembre de 2008; que Colpensiones la indujo en error con la resolución 106914 del año 29 de abril de 2009, al indicarle que siguiera cotizando al sistema a fin de pensionarse con la Ley 100 de 1993; que con posterioridad al cumplimiento de la edad de pensión y con la expedición de esta resolución, siguió cotizando, sin estar obligada a hacerlo; que adquirió su estatus pensional desde el cumplimiento de los 55 años, es decir, desde el 26 de diciembre de 2008.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (fº 56 a 82, archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante nació el 26 de septiembre de 1953; que los 55 años fueron cumplidos en el año 2008; que se afilió el 30 de agosto de 1984, al RPM; que el 3 de abril de 2017, solicitó que se invalidara su afiliación al RAIS. Frente a los restantes supuestos facticos dijo no constarle o no ser ciertos. Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de causal de nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

A La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se le tuvo por no contestada la demanda conforme proveído del 15 de enero de 2020 (fº 110 a 111 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 25 de julio de 2022 (archivo 16 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO. – DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la ciudadana María Elena Blanco Prieto a la administradora de pensiones Davivir hoy AFP Protección de conformidad con lo expuesto en la parte normativa del presente proveído.

SEGUNDO. – DECLARAR que para todos los efectos legales la ciudadana María Elena Blanco Prieto nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por tanto siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida de conformidad con lo expuestos en las consideraciones de la presente providencia.

TERCERO. – DECLARAR que la ciudadana María Elena Blanco Prieto es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 de conformidad con los argumentos expuestos en las consideraciones de la presente sentencia.

CUARTO. – DECLARAR que la demandante María Elena Blanco Prieto causo el derecho a la pensión de vejez de conformidad con el artículo 2 del decreto 758 de 1990, de conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO. – CONDENAR a la AFP Protección a trasladar a Colpensiones todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la ciudadana María Elena Blanco Prieto tales como aportes y cotizaciones o bonos pensionales que se hubieran solicitado, sumas adicionales, gastos administrativos, seguros provisionales, todos estos con intereses o rendimientos que se hubieren causado en los términos del artículo 1746 del Código Civil, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEXTO. – CONDENAR a Colpensiones a reconocer y pagar una prestación económica por el riesgo de vejez a favor de la ciudadana María Elena Blanco Prieto, una vez se haga efectivo el traslado de los haberes de la AFP Protección a Colpensiones y una pensión de vejez que trata el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, a partir del 1 de Septiembre del 2016, prestación pensional que deberá reconocerse por 14 mesadas al año en una suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente y el retroactivo a que haya lugar, se autoriza a Colpensiones que deduzca la suma por cotizaciones al sistema general de seguridad social en salud de conformidad con la parte motiva de la presente sentencia.

SÉPTIMO. – DECLARAR no probados las excepciones propuestas por la pasiva de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

OCTAVO. – CONDENAR en costas a las demandadas Protección y Colpensiones liquídense por secretaria inclúyanse en ellas la suma de dos millones de pesos (\$2.000.000) a razón del 50% a cada una de las demandadas valor en que se estiman las agencias en derecho de conformidad con el acuerdo 10554 de Agosto del 2016.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que sostuvo que es deber de las administradoras de fondos de pensiones, demostrar que al momento del traslado suministraron información completa, comprensible, pertinente y verás frente a las características de cada régimen pensional. Al respecto, afirmó que Protección ni siquiera contestó la demanda y que de las denominadas campañas masivas para el traslado de los afiliados; que se acreditan con las múltiples publicaciones en prensa, no demuestran el deber de información y buen consejo al momento de elegir entre uno y otro régimen pensional, elementos de juicio que lo llevaron a declarar a declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante realizada en el año 1995, con la AFP Davivir hoy Porvenir S.A. y, como consecuencia de ello, dispuso la devolución de todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, entre ellos los aportes, cotizaciones, bonos pensionales, gastos de administración, seguros previsionales, sumas adicionales con intereses o rendimientos que se hubieren causado en los términos del artículo 1746 del CC.

Respecto al reconocimiento de la pensión de vejez, señaló que la accionante para el 1 de abril de 1994, contaba con más de 35 años de edad, por lo que resultaba ser beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que para el reconocimiento de la prestación se debía tener en cuenta lo dispuesto el Decreto 758 de 1990.

Manifestó que, los 55 años fueron acreditados el 26 de diciembre de 2008, y que contaba con 740.43 semanas, cotizada en toda su vida laboral, las cuales fueron alcanzadas hasta el 31 de agosto de 2016. A su vez, encontró acreditado que la accionante para el cumplimiento de la edad, estos para el 26 de diciembre de 2008, contaba con 510 semanas, las cuales fueron cotizadas en los últimos 20 años anteriores a esta data, es decir, entre el 27 de diciembre de 1988 y el 26 de diciembre de 2008. En cuanto al disfrute de la prestación, señaló que esta debía ser a partir del 1 de septiembre de 2016, teniendo en cuenta que la última cotización fue para el ciclo agosto de 2016. Respecto al monto de la pensión, señaló que esta era de un salario mínimo legal mensual vigente y debía ser reconocida con 14 mesadas al año, como quiera que su reconocimiento fue anterior al 31 de julio del año 2011; que para su reconocimiento, se debía hacer efectivo la orden de traslado de los haberes que obran en la cuenta individual de la demandante.

En cuanto a la procedencia de los intereses moratorios, sostuvo que se impartía por este concepto, en vista que la negativa del reconocimiento de la prestación se dio en el marco de la normatividad legal aplicable y la prestación que se ordena cancelar surge con ocasión del desarrollo jurisprudencial, de ahí que Colpensiones no obró de manera caprichosa o de mala fe sino amparada en la ley.

Frente a la excepción de prescripción, sostuvo que las pretensiones declaradas en el proceso, tienen por objeto el cumplimiento del derecho a la seguridad social, representado en el reconocimiento y pago de una prestación pensional, el cual resulta ser imprescriptible.

Finalmente, sostuvo que no es encontrada configurada la excepción de cosa juzgada, como quiera que el proceso adelantado en el Juzgado 31 laboral del Circuito de Bogotá, únicamente se adelantó el estudio la solicitud de reconocimiento pensional, la cual fue negada porque se tuvo en cuenta el traslado al RAIS y la pérdida del régimen de transición, pretensiones que distan de las planteadas en este proceso.

RECURSO DE APELACIÓN

La señora **María Elena Blanco Prieto**, a través de su apoderado, presentó recurso de apelación, con la finalidad que se revoque parcialmente la sentencia

proferida y como consecuencia de ello, solicita que se modifique la fecha desde la cual se origina el pago de las mesadas pensionales, como quiera que en el hecho 3.11 del escrito de demanda se manifiesta que por medio de la Resolución No. 106914 del 29 de abril de 2011, el ISS negó el reconocimiento de la pensión de vejez, en el entendido que la demandante no se contaba con las semanas suficientes para ser pensionada, hecho que fue aceptado por Colpensiones, siendo claro que ya había causado su derecho por haber obtenido a ese momento, las semanas suficientes para pensionarse conforme el Decreto 758 de 1990. El ISS no debió haber negado su derecho pensional, ni inducirla a seguir efectuando los aportes a pensión, sino que en su momento ya debió reconocer la mesada pensional.

Por su parte, **COLPENSIONES** formuló recurso de apelación, con la finalidad que se revoque en su integridad la sentencia y se absuelva de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, teniendo en cuenta que se encuentra acreditada la existencia de cosa juzgada, como quiera que, frente al proceso que se llevó a cabo en el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, radicado bajo el número 2015 – 00250, existe identidad de partes, causa y objeto.

Por otro lado, sostuvo que la demandante no se encontraba exonerada del deber de informarse o ilustrarse frente a la decisión de traslado, no se asesoró para saber si en su momento le convenía o no este traslado y es una persona capaz para la celebración de contratos, por lo tanto, lo que se observa es una simple negligencia de su parte, sin que para ello Colpensiones tuviera participación en tal decisión.

Manifestó que, la decisión adoptada trae consecuencias económicas para la entidad, además de afectar el principio de sostenibilidad financiera, como quiera que se afecta el patrimonio público, debido a que se debe pagar una pensión sin que la demandante haya financiado las demás pensiones del RPM, y su ahorro no será suficiente para financiar su propia pensión.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** formuló recurso de apelación, señalando para el efecto que, el proceso tramitado en el Juzgado 31 laboral del Circuito de Bogotá, contiene una demanda con idénticas pretensiones.

Afirmó que, la demandante nunca estuvo afiliada a Protección, pues no se encuentra registro en la base de datos, en el SIAFP no parece reflejada su afiliación a esta AFP Protección, por tal razón, no se cuenta con ningún aporte de la demandante, por tal razón, no es posible impartir condena en contra de esta AFP.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la demandante, 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 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 la demandante realizó traslado al RAIS con la AFP Davivir hoy Protección, en caso afirmativo, se establecerá si este, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los todos aportes realizados por la actora en el RAIS. A su vez, se deberá dilucidar si a la promotora de la acción le asiste derecho a que el disfrute de la pensión de vejez, sea con anterioridad a la fecha declarada por el Juez de instancias y si se configuran los presupuestos para que sea declarada la excepción de cosa juzgada.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora María Elena Blanco Prieto nació el 26 de diciembre de 1953 (fº 19, archivo 1 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y **ii)** que estuvo vinculada al ISS desde el año 1986 (fº 20 a 22 archivo 1 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital).

TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL

Lo primero que debemos entrar a dilucidar es si la señora María Elena Blanco Prieto, realizó traslado de régimen pensional con la AFP Davivir hoy Protección y para ello, se debe advertir que dentro del presente juicio no ha sido aportada prueba que refleje que la accionante haya realizado traslado al RAIS en la forma indicada en el escrito genitor, como quiera que, no se cuenta con formulación de vinculación a dicha AFP, así mismo, tenemos que Protección en misiva del 17 de diciembre de septiembre de 2017, le hace saber a la señora Blanco que *«no registra afiliación en el fondo de pensiones obligatorias Colmena hoy Protección S.A. Por lo anterior y en aras de confirmar lo antes mencionado, relacionamos el historial de vinculación que reposa en la página de ASOFONDOS»*, (fº 26 archivo 1 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital), para efectos de ilustrar lo anterior, se realiza toma de pantalla del histórico de vinculaciones relacionados en la comunicación de la referencia, así:

Hora de la consulta : 2:47:46 PM
Afiliado: CC 41654747 MARIA ELENA BLANCO PRIETO [Ver detalle](#)

Vinculaciones para: CC 41654747							
Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP orígenes antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Vinculación inicial	1995-10-10	2016/07/20	COLPENSIONES			1995-10-10	

Un ítem encontrado.
1

A pesar de lo anterior, se tiene que fue decretada como prueba, las actuaciones surtidas dentro del proceso 11001310503120150025000, tramitado por el Juzgado Treinta y uno Laboral del Circuito de Bogotá, del cual se avizora que Manufacturas de Calzado Gambinelli Ltda., el antiguo empleador de la señora Blanco, le efectuó cotizaciones en pensión en el fondo privado Davivir, para los ciclos agosto, septiembre y octubre de 1995, los cuales fueron devueltos al ISS, conforme le fue informado a la afiliada en misiva del 4 de marzo de 2009 (fº 26 a 28 y 33 archivo 6, carpeta «008. CD FOLIO 93 ANEXOS MEMORIAL J 31 LABORAL», de la carpeta 1ª inst. exp. Digital).

Bajo el anterior supuesto fáctico, esta sala de decisión deberá establecer si en el presente caso se presentó múltiple vinculación entre el entonces Davivir y el otrora ISS.

Con la finalidad de dilucidar este aspecto, se tiene que la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación laboral, en sentencia con Rad. 29043 de 2007, sostuvo que, para que se configure la múltiple afiliación *«obligatoriamente debe mediar la verdadera intención de traslado y el doble pago de los aportes a cada una de las entidades que administran los regímenes pensionales»*, o también se predica tal figura si hay desconocimiento de los plazos para el traslado entre administradoras o regímenes, conforme fue indicado en providencia CSJ SL, 4 jul. 2012, rad. 46106.

Por sus parte, el Decreto 692 de 1994, señala que está prohibido la múltiple vinculación y que el afiliado sólo podrá trasladarse en los términos que estable la ley, con la consecuencia de que no se tendrá como válida la afiliación que se realiza por fuera de los términos previstos, aspecto que lleva a remitirnos a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que establece que el afiliado solo podrá trasladarse de régimen cada 3 años en vigencia de la Ley 100 de 1993, o cada 5 años, con la reforma introducida en la Ley 797 de 2003.

En este sentido, el artículo 5º Decreto 3995 de 2008, en lo relativo a la cotizaciones erróneas, aportes sin vinculación, o afiliación simultánea, preceptúa que en aquellos casos en que, una persona se haya realizado cotizaciones sin que medie

una afiliación al sistema, se «entenderá vinculado el trabajador a la administradora donde realizó el mayor número de cotizaciones entre el 1º de julio y el 31 de diciembre de 2007»; así mismo, establece el decreto mencionado que: «Esta situación deberá ser informada al afiliado y al empleador para que se proceda a afiliar estos trabajadores al Sistema, mediante la suscripción del formulario respectivo».

Colofón de lo anterior, se advierte que frente al traslado de la parte actora del extinto ISS, a Davivir, no puede predicarse la múltiple vinculación, en la medida que no se cumplen los dos presupuestos descritos en la sentencia en cita, como quiera que la intención del traslado no está acreditada, pues tal y como fue anunciado anteriormente, no fue suscrito ningún formulario de afiliación de traslado, sumado al hecho que no se registra vinculación con este fondo privado, ni con Protección, conforme se expuso de forma pretérita,

Conforme las anteriores consideraciones, resulta diáfano para esta colegiatura, que el traslado y vinculación al RAIS es inexistente, aspecto que lleva a determinar que las cotizaciones realizadas en Davivir para los ciclos agosto a octubre de 1995 se efectuaron de manera irregular sin afiliación, lo que conllevada a que Protección, con sujeción a lo establecido en el artículo 11 del Decreto 1161 de 1994, procediera a abonar las sumas respectivas en una cuenta especial de cotizaciones de no vinculados, así como también, proceder a requerir a la persona que haya efectuado la consignación para determinar el móvil del mismo, e inclusive establece el decreto que si la consignación obedece a un error, los dineros sean devueltos a la persona que los efectuó.

Ahora bien, conforme comunicación adiada 4 de marzo de 2009, se acreditó que esta AFP devolvió al ISS, los aportes correspondientes (fº 33 a 34 archivo 6, carpeta «008. CD FOLIO 93 ANEXOS MEMORIAL J 31 LABORAL», de la carpeta 1ª inst. exp. Digital), conforme se observa a continuación:

A la señora **MARÍA ELENA BLANCO PRIETO** identificada con Cédula de Ciudadanía **41.654.747**, se le realizó devolución de tres (3) aportes al **INSTITUTO DEL SEGURO SOCIAL** (Código AFP 20) por valor de \$192.947 en las fechas relacionadas en el cuadro adjunto.

VALOR DEVUELTO POR AFILIADO										
Nº de Cédula	Cotización	Cot. Obligatoria	Cot. Voluntaria	Cot. V.E.	Fondo	Intereses	Int.Fondo	Vir. Devuelto	Fecha	Código AFP
41,654,747	199508	15,000	0	0	0	0	0	65,712	20011016	20
	199509	15,000	0	0	0	0	0	64,453	20011016	20
	199510	15,000	0	0	0	0	0	62,782	20011016	20
TOTALES FINALES										
TOTAL								192,947		
CUENTA								3		

Dichos aportes, se encuentran registrados y contabilizados en la historia laboral de la señora Blanco, conforme el reporte de semanas actualizado al 30 mayo 2018, conforme lo visto en su expediente administrativo (archivo 6, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital)

Así las cosas, la aplicación de las disposiciones legales, jurisprudenciales y probatorias invocadas, conllevan a tener como única afiliación duradera, continua y con vocación de permanencia, la que desde el 17 de septiembre de 1986, realizó la demandante al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones. Por lo anterior, no hay lugar a efectuar estudio alguno, respecto a la ineficacia del traslado al RAIS, pues como se evidenció, la convocante a juicio nunca ha pertenecido en ese subsistema.

Por lo anteriormente expuesto, se deberán revocar los numerales 1, 5 y 8 parcial de la sentencia apelada.

PENSIÓN DE VEJEZ – RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

Conforme lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para ser beneficiario del régimen de transición en el caso de las mujeres debía contar para el 1º de abril de 1994, con 35 o más años de edad, o 15 o más años de servicios cotizados. Cumplidos los requisitos señalados, el afiliado tendrá derecho a la pensión de vejez cuando cumplan la edad y el tiempo de servicios o el número de semanas establecidas en el régimen que se venía aplicando con anterioridad al 1º de abril de 1994, el cual para el caso concreto es el dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990. Dicho lo anterior, y conforme a la copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (fº 19 archivo 1, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital), se tiene que nació el 26 de diciembre de 1953, por lo que al 1º de abril de 1994, contaba con 40 años de edad cumplidos, reuniendo así los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, no hay lugar a ahondar en el estudio de la incidencia del Acto Legislativo 01 de 2005, sobre la aspiración pensional del demandante, en la medida que, conforme los planteamientos esbozados en el libelo genitor, la causación del derecho pensional se genera a partir del cumplimiento de la edad, la cual acaeció el 26 de diciembre de 2008, es decir ante la expedición de la reforma constitucional.

Así las cosas, el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, establece que para acceder a la pensión de vejez en el caso de las mujeres debía acreditar 55 años de edad y un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

En el sub examine, se tiene que la parte actora cumplió los **55 años de edad el 26 de diciembre de 2008**; por lo que se procede a verificar si para dicha data reunía los requisitos del mencionado Acuerdo, dado que era beneficiario del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; al verificarse las semanas cotizadas durante los **20 años anteriores al cumplimiento de la edad**, esto es, del **26 de diciembre de 1988 al 26 de diciembre de 2008**, se observa que acreditó un total de **509,28** semanas. Por lo tanto, es claro que la promotora del litigio tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión de vejez conforme a lo establecido en el Decreto 758 de 1990. Cabe aclarar que, para el caso no se requiere acreditar 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, como quiera que la prestación fue causada antes del 31 de julio de 2010, conforme lo dispuesto en el Parágrafo transitorio 4º ibídem, como acertadamente lo sostuvo la juez de primer grado,

RETROACTIVO PENSIONAL Y PRESCRIPCIÓN

A efectos de desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, se deberá establecer la fecha del disfrute de prestación por vejez reconocida. Sobre el particular, se advierte que conforme lo pregonado en el 13 del Acuerdo 049 de 1990, para entrar a disfrutar de la pensión es necesario la desafiliación del sistema, por ello, del reporte de semanas cotizadas, se advierte que la última semana efectivamente cotizada por la afiliada fue el 31 de agosto de 2016, por lo que el disfrute de la prestación debe ser a partir del 1 de septiembre de la misma anualidad, tal y como fue definido por el juez de instancia.

A pesar de lo anterior, en casos en los que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando, debido a la renuencia de la entidad administradora del sistema de seguridad social, reconocer la prestación a pesar de contar con los requisitos para acceder a ella y haber sido solicitada en tiempo, se ha considerado la prestación debe ser reconocida a partir desde el momento mismo del cumplimiento de la totalidad de los requisitos y así lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, entre otras en las sentencias CSJ SL, 1 sept. 2009, rad. 34514, CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558, CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798, y CSJ SL4540-2021. En esta última providencia, se sostuvo:

Respecto al primero de los ejes señalados, la Sala ha decantado una línea pacífica y reiterada, sobre el contenido y alcance de los artículos 13 y el 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, los cuales establecen que el disfrute de la pensión de vejez, por regla general, está condicionado a la desafiliación formal del sistema, como requisito necesario para empezar a disfrutar la prestación mencionada; no obstante, existen situaciones excepcionales que ameritan un tratamiento igualmente excepcional que permiten concluir que, pese a que un trabajador continuó aportando al sistema, el reconocimiento de la pensión

debe ser, a partir de la data en que se cumplen con los requisitos que la ley exige para acceder a la prestación y no aquella en que se reporta la desafiliación, por cuanto se puede inequívocamente concluir que su voluntad era la de retirarse del sistema, no obstante, la entidad con su actuar induce en error al afiliado, lo que conlleva seguir realizando aportes al sistema pensional.

Conforme lo anterior, se tiene que la accionante en una primera oportunidad solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, siendo mediante Resolución No. 106914 del 29 de abril de 2011, que la entidad negó la solicitud de reconocimiento pensional al considerar que no se reunían los requisitos establecidos para acceder a ella; ahora, se observa que el extinto ISS en Resolución 30339 del 19 de septiembre de 2012, al resolver el recurso de reposición presentado por la afiliada, confirma la decisión recurrida y como consecuencia de ello, la conmina a seguir realizando cotizaciones hasta completar el número de semanas determinadas en la ley o en su defecto, solicitar la indemnización sustitutiva (archivo 3, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital), resultando claro que, la señora Blanco para el 26 de diciembre de 2008, ya había causado su derecho.

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, se deberán acoger las elucubraciones por el recurrente y, en consecuencia, palmaria es la necesidad de modificar la sentencia objeto de censura, para en su lugar establecer como fecha de disfrute de la prestación el 26 de diciembre de 2008.

En relación con la excepción de prescripción que presentó la demandada, ha de indicarse que, en aplicación del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en concordancia con el artículo 488 del CST, las acciones que emanan de las leyes sociales prescriben en tres años, contados desde que la respectiva obligación se hubiese hecho exigible; no obstante, el simple reclamo del afiliado o pensionado recibido por el pagador de su prestación sobre su derecho, interrumpe este fenómeno por un lapso igual.

En el presente asunto, el derecho se reconoció desde el 26 de diciembre de 2008, observándose que fue elevada reclamación pensional al otrora ISS, el 16 de marzo de 2009, (archivo 3 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital), y posteriormente se interpuso la presente demanda el 16 de febrero de 2018 (fº 27, archivo 1 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital), resultando evidente que, las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 16 de febrero de 2015, se encuentran prescritas.

Definido lo anterior, y efectuadas las operaciones aritméticas correspondiente, se obtiene un valor de **\$95.052.226**, por concepto de retroactivo pensional causado entre el 16 de febrero de 2015 al 31 de mayo de 2023, teniendo en cuenta para ello que, la prestación se debe reconocer por 14 mesadas pensionales al año, en la medida

que la prestación fue causada antes del 31 de julio de 2011, y la mesada reconocida fue el equivalente a un salario mínimo, sin que este último aspecto haya sido objeto de censura por la parte actora; lo anterior, conforme la siguiente liquidación:

Año	Valor mesada	Numero de mesadas	Retroactivo
Feb. 2015	\$ 644.350	12	\$ 7.732.200
2016	\$ 689.455	14	\$ 9.652.370
2017	\$ 737.717	14	\$ 10.328.038
2018	\$ 781.242	14	\$ 10.937.388
2019	\$ 828.116	14	\$ 11.593.624
2020	\$ 877.803	14	\$ 12.289.242
2021	\$ 908.526	14	\$ 12.719.364
2022	\$ 1.000.000	14	\$ 14.000.000
2023	\$ 1.160.000	5	\$ 5.800.000
		Total	\$ 95.052.226

A partir del 1 de junio de 2023, la demandada deberá pagar debidamente ajustada la mesada pensional a la que tiene derecho la parte actora, con sus respectivos reajustes legales y mesadas adicionales. A su vez, se autoriza a la entidad enjuiciada para que descuente del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal deben realizarse con destino al sistema de seguridad social en salud.

Por lo anterior, se modificará el numeral sexto de la sentencia apelada y consultada.

COSA JUZGADA

La señora María Elena Blanco adelantó ante el Juzgado Treinta y uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, proceso ordinario laboral en contra de Colpensiones, el cual fue tramitado bajo el número de radicación 11001310503120150025000, ahora bien, se observa de las actuaciones surtidas en ese estrado judicial (archivo 8, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital), que lo pretendido por la accionante fue el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, el cual fue negado por el Juzgado de conocimiento al considerar que la accionante había perdido el régimen de transición en los términos de la sentencia SU-062 de 2010, por haber sido trasladada al RAIS; sin embargo, lo que se debatió en el presente juicio fue la eficacia de su presunta vinculación a este régimen, asuntos que distan sustancialmente el uno del otro, por tal razón, es claro para esta sala de decisión que no se encuentran reunidos los requisitos contemplados en el artículo 303 del Código General del Proceso, en la medida que, si bien existe identidad de partes, no se puede predicar lo mismo respecto al objeto y la causa en que se fundan.

COSTAS

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

Sin costas a cargo de Protección S.A., como quiera que salió avante su recurso de apelación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR LOS NUMERALES PRIMERO, QUINTO y PARCIALMENTE EL OCTAVO de la sentencia emitida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, el 25 de julio de 2022, para en su lugar absolver a la demandada Protección S.A., de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte de la señora María Elena Blanco.

SEGUNDO: MODIFICAR EL NUMERAL SEXTO de la sentencia, únicamente en el sentido de **CONDENAR a Colpensiones** a reconocer y pagar a favor de la señora María Elena Blanco, la pensión de vejez a partir del 26 de diciembre de 2008, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente y por 14 mesadas al año; en consecuencia, se reconoce la suma de **\$95.052.226** por concepto de retroactivo pensional, causado durante el periodo comprendido entre el 16 de febrero de 2015 al 31 de mayo de 2023, de conformidad a lo aquí expuesto. Se autoriza a Colpensiones que deduzca de este, las cotizaciones que por mandato legal deben realizarse con destino al sistema de seguridad social en salud.

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

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de 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 \$1.160.000.



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

RADICADO	11001310501120190039201
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ALBA LUZ ÁLVAREZ CARBALLO
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. - SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de mayo 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 **Alba Luz Álvarez Carballo** 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 Protección y posteriormente a Old Mutual y Porvenir. Como consecuencia de lo anterior, se **condene** a Colpensiones a recibirla como afiliada cotizante; que se **condene** a Porvenir a liberarla de sus bases de datos y devolver todos los valores que hubiere recibido motivo de su afiliación, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es con los rendimientos que se hayan causado; 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° 3 a 5 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 28 de abril de 1962; que empezó su vida laboral el 9 de enero de 1987, con el empleador Inelso Ltda. y realizó su afiliación a RPM; que allí efectuó cotizaciones hasta el 5 de abril de 1994, fecha en la que se trasladó a Colmena hoy Protección; que el 26 de mayo de 2004, se pasó a Skandia; que el 21 de mayo de 2009, se cambió a la AFP Porvenir; que el asesor de Colmena le ofreció el beneficio de pensionarse a más temprana edad; que el ISS iba a ser liquidado y por ello, sus aportes se encontrarían en riesgo, información que fue reiterada por los otros fondos; que los asesores comerciales de los fondos le informaron que su pensión sería más alta, en relación a lo que le reconocería el ISS; que al momento de su afiliación no se le informó cual era el capital requerido para obtener una pensión en renta vitalicia y en retiro programado; que no se le indicó cual era el plazo para retornar al ISS; que se le manifestó que si al cumplir la edad no quería pensionarse le devolverían el capital que tuviere acumulado, sin restricción alguna; que no se le realizó una proyección de la pensión, mostrando la diferencia entre uno y otro régimen; que suscribió formulario de afiliación con Colmena el 5 de abril de 1994, luego suscribió formulario de afiliación No. 283886 con Skandia y el 21 de mayo de 2009, suscribe formulario No. 13241406 con Porvenir; que al momento de la suscripción de los formularios no se le brindó información, suficiente, clara y concisa que le permitiera toma la mejor decisión respecto a su perspectiva pensional; que Porvenir no le envió comunicación informando que estaba a unos días de vencerse el plazo del rango para tomar la mejor decisión de pensionar en el régimen considere mas conveniente y a otros afiliados si les fue enviada esta comunicación.

Sostuvo que, en documento con radicado No. 0100222097636200 del 22 de abril de 2019, Porvenir le acredita que cuenta con un capital acumulado en su cuenta de ahorro individual de \$259.771.774, la cual le da derecho a una pensión a los 56 años a una pensión en cuantía de \$1'180.800; que en Colpensiones su mesada pensional en el RPM sería el 90% del IBL; que diligenció formulario de traslado de régimen con radicado No. 2019_2352240 del 21 de febrero de 2019, ante Colpensiones, solicitud que fue rechazada mediante oficio BZ2019_2362730; que se presentó ante Old mutual, solicitud de nulidad de la afiliación del traslado del régimen, petición que fue negada mediante comunicación No. 0100222097636200 del 22 de abril de 2019.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. contestó (archivo 7, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las

pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante nació el 28 de abril de 1962; que inició su vida laboral con Inelso Ltda.; que suscribió formulario de afiliación No. 283886 con esta AFP; que fue radicado ante Colpensiones solicitud de traslado de régimen, la cual fue negada. Frente a los restantes supuestos facticos dijo no constarle. Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, pago y genérica.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** contestó (archivo 9, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el natalicio de la accionante fue el 28 de abril de 1962. Frente a los restantes supuestos facticos, dijo no constarle o no ser ciertos. Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restituciones mutuas en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de la administración cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver la prima de 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, innominada o genérica y traslado de aportes.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contestó (archivo 10, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el nacimiento de la demandante fue el día 28 de abril de 1962; que el 22 de abril de 2019, le certificó a la accionante el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual. Frente a los restantes supuestos facticos dijo no constarle o no ser ciertos. Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

COLPENSIONES contestó (archivo 13, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el nacimiento de la demandante acaeció el 28 de abril de 1962; que inició su vida laboral con Inelso Ltda. y, como consecuencia de ello, se afilió al ISS; que fue diligenciado ante la entidad formulario de traslado de régimen con radicado No. 2019_2352240 del 21 de febrero de 2019, solicitud que fue rechazada mediante oficio BZ2019_2362730. Frente a los restantes supuestos facticos, dijo no constarle. Como excepciones de mérito, propuso las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604

del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción de la acción laboral; caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, remitió el proceso al Juzgado Segundo Laboral Transitorio de Bogotá D.C., en virtud del acuerdo PCSJA21-11918 de 2022, quien mediante sentencia del 31 de agosto de 2022 (archivo 7 y 8, carpeta 1ª inst, exp digital), resolvió:

PRIMERO: Declarar la ineficacia del traslado del régimen pensional realizado por la señora Alba Luz Álvarez Caraballo del RPM al RAIS, efectuado el 1 de mayo de 1994, con fecha de efectividad a 1 de junio del mismo año, a través de la AFP Colmena AIG hoy protección, que por ende, se tendrá como si el traslado, nunca hubiera ocurrido, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO; Como consecuencia del anterior, condenar a Porvenir a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, aquellos valores que hubiera podido recibir con motivo de la afiliación de la demandante y que se encuentran en la actualidad en su cuenta de individual, tales como cotizaciones, bonos pensionales son más adicionales de la aseguradora, si las hubiere, primas de seguros previsionales, rendimientos financieros, porcentajes destinados al Fondo de Garantía de pensión mínima, con todos los frutos e intereses, comisiones y gastos de administración. Dinero que deberán ser trasladados en forma indexada y con cargo a sus propios recursos discriminados, con los respectivos valores en el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC reportado, aporte pagado conforme lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Condenar a la AFP Protección a trasladar a Colpensiones, aquellos valores que se hubiera podido generar con ocasión de la administración como fondo de pensiones de la demandante en el periodo en el que ella estuvo afiliada a dicha AFP, comprendido entre el primero de mayo de 1994 y el 30 de junio de 2004, tales como gastos de administración, primas de seguros previsionales, comisiones y sumas adicionales del aseguradora, porcentajes destinados al Fondo de Garantía de pensión mínima con todos sus frutos e intereses. Dineros estos, que deberán ser trasladados de forma indexada y con cargo a sus propios recursos.

CUARTO: Conminar a Skandia a trasladar a Colpensiones aquellos valores que se hubieren generado con ocasión de la administración, como fondos de pensiones de la demandante por el periodo en el que ella estuvo afiliada, comprendido del 1º de julio de 2004 y el 30 de junio de 2009, tal y como son los gastos de administración, primas de seguros previsionales, comisiones adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados al Fondo de Garantía de pensión mínima con todos estos intereses. Dineros que deberán ser trasladados en forma indexada y con cargo a sus propios recursos.

QUINTO. Condenar a Colpensiones a recibir tanto de Skandia S.A., como de Protección y Porvenir, sin reparo alguno todos los emolumentos mencionados en los numerales inmediatamente anteriores para efectos de reactivar válidamente la afiliación de la demandante y proceder enseguida a efectuar los trámites administrativos pertinentes, para ver reflejados los mencionados valores en la historia laboral de Alba Luz Álvarez Caballo, para realizar la correspondiente imputación de pagos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO: Declarar no probada las excepciones propuestas por las demandadas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO Costas a cargo de Protección, Porvenir, y Skandia y a favor de la demandante. Para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente a cargo de cada una de ellas.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que la demandante había nacido el 28 de abril de 1962 y había cotizado al ISS desde el 9 de febrero de 1987, al 30 de abril de 1994. A su vez, encontró demostrado que 1 de mayo de 1994 la demandante se había trasladado al RAIS con la AFP Colmena AIG y posterior a esta fecha había realizado traslados horizontales con las AFPs Protección, Colmena, Skandia S.A. y posteriormente, para el 21 de mayo de 2009, se trasladó a Porvenir, administradora a la cual se encuentra afiliada actualmente, contando allí con un total de 1.554 semanas.

Respecto al deber de información, sostuvo que son los fondos de pensiones los que deben garantizar que cuando exista un traslado de régimen pensional, el afiliado tome una decisión verdaderamente informada, autónoma, consciente y objetivamente verificable, al punto que haya podido identificar los riesgos que implicaba dicho traslado y no puede acreditarse satisfecho este requisito con la simple expresión genérica de la administradora, consignado en el formulario de afiliación, aspectos que no han sido demostrados por los fondos demandados; que le corresponde a los fondos de pensiones demostrar que han cumplido con el deber de información, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensiones, en un lenguaje comprensible, de fácil acceso para el afiliado, además de ello, la elección de cualquiera de los dos regímenes pensionales debe estar precedida de una decisión libre y voluntaria, lo cual no se demuestra con la simple suscripción de los formularios de afiliación con los fondos demandados; que al no haber sido demostrado el cumplimiento de este deber, declara la ineficacia del acto del traslado, aclarando que las afiliaciones entre fondos en el RAIS, no convalida el incumplimiento del deber de información.

Respecto a la excepción de prescripción, señaló que por tratarse de un asunto de carácter pensional, el medio exceptivo no esta llamado a prosperar.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, con la finalidad que sea revoque en su integralidad y para ello señaló que, dentro del expediente no se ha demostrado la existencia de vicios del consentimiento en los términos del artículo 1740 del Código Civil.

Dijo que, la demandante no prueba la falta de asesoría legal y si bien, la carga de la prueba se traslada a los fondos de pensiones por ser estas entidades financieras expertas en el tema, la información brindada se encuentra demostraba con el formulario de afiliación; que con el traslado de régimen pensional se genera una descapitalización del sistema pensional, que pone en riesgo la garantía del derecho a la pensión de los demás cotizantes.

En caso de ser acogidos los argumentos, solicita que se confirme la decisión que dispone el reintegro de la totalidad de las cotizaciones, como son los recursos de la cuenta de ahorro individual, las cuentas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, los rendimientos, bonos pensionales, los porcentajes destinado al pago de seguros previsionales y los gastos de administración.

SKANDIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS formuló recurso de apelación, con la finalidad que se revoque el numeral cuarto de la sentencia, teniendo en cuenta para ello que, conforme lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, establece que el 3% de las cotizaciones se destina a cubrir los gastos de administración, pago de las primas para las pensiones de invalidez y sobreviviente, por tal razón no es procedente su devolución; que la demandante gozó de la cobertura durante toda la vinculación a este fondo de pensiones, de ahí que un porcentaje ha sido pagado a la aseguradora para el cubrimiento de estos riesgos y por ende no se encuentran en las arcas de la entidad.

Respecto a la indexación, señaló que esta resulta improcedente, como quiera que dentro de las obligaciones de los fondos, se encuentra la de garantizar una rentabilidad mínima en las cuentas de ahorro individual de sus afiliados, pues los recursos allí contenidos en ningún momento se vieron afectados con la inflación y siempre fueron generados rendimientos.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** formuló recurso de apelación, con la finalidad que se revoque en su la sentencia, teniendo en cuenta que la entidad es un tercero de buena fe y se encontraba en la obligación de aceptar su afiliación a este fondo, ello en desarrollo del artículo 211 de la Ley 100 de 1993; que esa entidad cumplió con el deber de información, aclarando que para la fecha en la que se realizó el ultimo traslado, la demandante contaba con 47 años, por lo cual no se podía evitar su vinculación con Porvenir, pues la afiliada no contaba con la posibilidad de retornar al RPM, situación que debió ser puesta de presente por las anteriores administradoras.

Expresó que, el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, permite el descuento de un porcentaje para los gastos de administración, fondo de garantías de pensión mínima y seguros previsionales. Estos conceptos no son descontados de manera exclusiva en el RAIS, también se descuentan en el RPM, en ese orden de ideas, la entidad no debe asumir su pago.

Respecto a los seguros previsionales, señaló que estos rubros ya cumplieron con su finalidad, en la medida que estos dieron una cobertura a la afiliada durante el tiempo que ha estado vinculada a Porvenir.

Solicitó que no se imponga condenas en costas, en la medida que Porvenir no tuvo injerencia frente al traslado inicial que se dio con Colmena y para la fecha en que se trasladó la accionante, ella ya se encontraba inmersa en la prohibición de retornar al RPM.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Skandia, 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 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 Colmena, y posteriormente a otras AFPs, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los 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 Alba Luz Álvarez Caraballo nació el 28 de abril de 1962 (f° 3, archivo 3 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que estuvo vinculado al ISS entre el 09 de enero de 1987, al 30 de abril de 1994 (archivo 14 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iii)** que el **01 de mayo de 1994**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Colmena hoy Protección S.A., el cual se hizo efectivo a partir del 1 de junio de 1994 (f° 37 archivo 9, f° 58 archivo 10, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital) y **iv)** que realizó traslados horizontales entre fondos privados así:

- A Protección el 03 de septiembre de 1997.
- A Colmena el 25 de noviembre de 1998.

- A ING el 01 de abril de 2000.
- A Skandia el 26 de mayo de 2004.
- A Porvenir el 21 de mayo de 2009, donde permanece hasta la actualidad.

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 **-01 de mayo de 1994-**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Colmena suscrito el 01 de mayo de 1994, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

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

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

Tampoco podría sostenerse que al 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.** (Negritillas 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. (Negritillas fuera del texto original).

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

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

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

como acertadamente lo concluyó la juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

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

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

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

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

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

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

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

Ahora, no queda duda alguna que dichos valores deben ser indexados, como quiera que por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta pérdida, de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual del actor generó rendimientos, ellos no compensa la devaluación que se pretende proteger con la indexación, por esta razón, no se acogen los fundamentos esbozados por Porvenir S.A. y Skandia S.A.

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

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, en los términos del numeral 1° del artículo 365 del CGP, como quiera que la misma fue vencida en juicio, además de haber presentado oposición a las pretensiones de la demanda.

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).

Por lo anteriormente expuesto, tampoco salen avantes las elucubraciones planteadas por Porvenir.

COSTAS

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

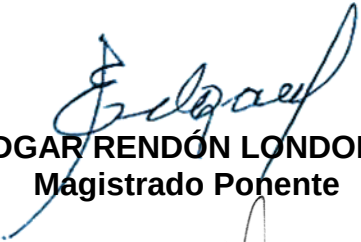
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio de Bogotá D.C., el 31 de agosto de 2022, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo Skandia S.A., 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 Skandia S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones, la suma de \$1.160.000, para cada una de ellas.



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

RADICADO	110013105011201900556-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	GABRIEL HUMBERTO VALDERRAMA FUQUEN
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) días del mes de mayo 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 **Gabriel Humberto Valderrama Fuquen** 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 Porvenir S.A. por omisión en el deber de información. Como consecuencia de lo anterior, se **ordene** el retorno de la demandante a Colpensiones, junto con los aportes, rendimientos y bono pensional; que se **condene** a las demandadas pago de los perjuicios morales ocasionados; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 4 y 5 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 16 de enero de 1962; que para la entrada en vigor de la ley 100 de 1993, contaba con 32 años de edad; que empezó a cotizar al sistema de seguridad social en pensiones con el ISS; que el 1 de marzo de 2004, se afilio a Porvenir S.A.; que la afiliación se realizó sin que se le informara de las características del sistema, requisitos para optar por una pensión, como se liquida la

misma, ni las consecuencias de la su afiliación; que actualmente cuenta con 57 años de edad y debido a la omisión en la información, no goza de una expectativa pensional clara respecto a los aportes realizados; que mediante petición dirigida a las accionadas, se solicitó la ineficacia de la afiliación realizada en su momento con Porvenir S.A. y su consecuente traslado al régimen público; que Colpensiones no dio respuesta de fondo a la petición realizada; que Porvenir negó la petición e informe que al momento del traslado se le había brindado toda la información pertinente; que debido a la omisión en la información se le causó un perjuicio moral; que en búsqueda de revertir su traslado de régimen pensional, se ha visto envuelto en una serie de trámites, al punto de acudir al sistema judicial.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contestó (fº 136 a 159 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el demandante nació el 16 de enero de 1962, por lo que al 1 de abril de 1994 contaba con 32 años de edad; que el 1 de marzo de 2004 se afilió a esta AFP; que en respuesta a derecho de petición, indicó que al momento del traslado de régimen se le había brindado toda la información necesaria. Frente a los restantes supuestos facticos, dijo no constarle o no ser ciertos. Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

COLPENSIONES contestó (fº 229 a 266, archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el natalicio del accionante fue el 16 de enero de 1962; que a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, contaba con 32 años de edad; que se vinculó a extinto ISS; que dio respuesta a la solicitud elevada por el demandante. Frente a los restantes supuestos facticos dijo no constarle. Como excepciones de mérito, propuso las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, remitió el proceso al Juzgado Cuarenta Laboral de Bogotá D.C., en virtud de los Acuerdos PCSJA20-11686 del 10

de diciembre de 2020 y CSJBTA20-109 del 31 de diciembre de 2020, quien mediante sentencia del 16 septiembre de 2022 (archivo 16 y 17, carpeta 1ª inst, exp digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que Gabriel Humberto Valderrama Fuque efectuó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. 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: 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 dinerosos sumas que le sean trasladados del RAIS a través de los fondos de pensiones señalados.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, tal como quedó plasmado en esta decisión.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda conforme a lo expuesto.

SEXTO: COSTAS a cargo de PORVENIR S.A. y en favor de la demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMLMV al momento de adoptar esta decisión.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que le corresponde a las Administradora de Fondos de Pensiones demostrar que el usuario o el afiliado fue debidamente informando sobre las consecuencias que traía consigo el traslado o cambio de régimen, para que pudiera actuar de manera libre, voluntaria y escoger el régimen que más le convenía.

Manifestó que, si bien para el 1 de enero de 2004, fecha de traslado del régimen, aún no se había expedido el Régimen del Consumidor Financiero, ello no puede ser indicativo de la inexistencia del deber de información o exoneración de esta obligación, por ello, le correspondía a Porvenir, en virtud de la inversión de la carga de la prueba, demostrar que efectivamente le corresponde acreditar que efectivamente le brindó la adecuada y suficiente información al demandante.

En virtud de ello, concluyó que dentro del expediente no hay prueba que demuestre que Porvenir S.A. hubiese cumplido con el deber de información, pues del formulario de afiliación solamente se puede extraer que este fue suscrito de forma voluntaria, más no que se le haya suministrado una debida información al momento de su vinculación. Adicionalmente, señala que este documento es insuficiente para demostrar la eficacia del traslado de régimen pensional.

Afirmó que, el hecho que el demandante haya permanecido en el RAIS, y haya realizado aportes adicionales, ello no puede ser teniendo como una convalidación a la ineficacia que se generó en el acto inicial de traslado; que este tipo de decisiones en nada afectan el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del RPM, lo que descarta que se genere erogaciones no previstas.

Respecto a la excepción de prescripción, arguyó que esta no es procedente, en tanto, se encuentran inmersas en sus pretensiones derechos fundamentales con carácter de irrenunciables e imprescriptibles, conforme lo ha señalado la CSJ SL 1421 de 2019.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, con la finalidad que sea revoque en su integralidad y para ello señaló que, se presenta una indebida interpretación del artículo 1604 de Código Civil, pues hace que la responsabilidad de los fondos se convierta en objetiva, como quiera que, no se exige al demandante aportar soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio del consentimiento como error, fuerza o dolo al momento de afiliarse al RAIS.

Sostuvo que, los futuros pensionados cuentan con el deber de asesorarse, en este sentido el Decreto 2241 de 2010, que establece el Régimen de Protección del Consumidor Financiero, determina las obligaciones en cabeza de los afiliados que pertenecen en el régimen general de pensiones, conforme ello, se exigen unos deberes mínimos, destacándose que el silencio en el transcurso del tiempo se tendrá como una decisión consiente de permanecer en el régimen seleccionado.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** formuló recurso de apelación, con la finalidad que se revoque en su integridad la sentencia, argumentando para el efecto que, para el año 2004, fecha de traslado del demandante, no existía la obligación de entregar la información en los

términos señalados y el formulario de vinculación es plena prueba de la información suministrada. Por otro lado, del interrogatorio de parte se percibe confesión, pues de esta prueba se acredita que el demandante si contó con elementos claros y suficientes a través de información objetiva, por lo que decidió suscribir el formulario de vinculación, el cual en ningún momento ha sido desconocida su firma y tal documento surtió pleno efectos jurídicos, por lo anterior, se debe considerar que el traslado al RAIS es válido.

Dijo que, el demandante ha tenido información necesaria clara y suficiente a través de los extractos de su cuenta de ahorro individual, también era deber del demandante ilustrarse sobre las condiciones pensionales del régimen al que se encuentra vinculado; que no procede la devolución de gastos de administración, gastos de seguros previsionales, debidamente indexados, pues se están desbordando los efectos de la ineficacia, pues si se reintegra el dinero de la cuenta de ahorro individual del demandante, este se entrega con unas mejoras altamente ostensibles, las cuales satisfacen con creces cualquier actualización del poder adquisitivo de la cotización del demandante, así mismo, los rendimientos permiten a Colpensiones asumir eventuales contingencias al momento de efectuar reconocimientos pensionales.

Finalmente, sostiene que la Superintendencia Financiera ha señalado que en este tipo de traslados se deben efectuar al tenor de lo establecido en el artículo 7 del Decreto 3995 del 2008.

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 lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Porvenir, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los todos 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 Gabriel Humberto Valderrama Fuquen nació el 16 de enero

1962 (f° 31, archivo 1 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii*) que estuvo vinculado al ISS entre el 13 de noviembre de 1987, al 01 de enero de 1992 (f° 45 a 48 archivo 1 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *iii*) que el **21 de enero de 2004**, se afilió al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir, el cual se hizo efectivo a partir del 1° de febrero de 2004 (f° 176, archivo 1, de la 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 **–21 de enero de 2004–**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

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

Ahora bien, del interrogatorio de parte rendido por el actor, advierte la Sala que de este no se desprende confesión alguna, que permitan acreditar que, en efecto, la gestora del traslado de régimen, esto es Porvenir, haya dado cumplimiento al deber de información que le asiste, pues si bien, el accionante en su declaración acepta que al momento de la suscripción del formulario de afiliación estuvo con una asesora comercial, lo cierto es que la única información que recibe de ella, es que el ISS se iba a acabar, que perdería sus aportes y derecho pensional.

Por lo anterior, se concluye que la información suministrada al afiliado estuvo lejos de ser cierta y transparente, pues estuvo precedida de engaño, generando en ella temores infundados respecto de su futuro pensional.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora 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 la juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

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

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

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

Ahora, no queda duda alguna que dichos valores deben ser indexados, como quiera que por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta pérdida, de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual del actor generó rendimientos, ellos no compensa la devaluación que se pretende proteger con la indexación, por esta razón, no se acogen los fundamentos esbozados por Porvenir S.A.

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

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).

Por lo anteriormente expuesto, tampoco salen avantes las elucubraciones planteadas por Porvenir.

COSTAS

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

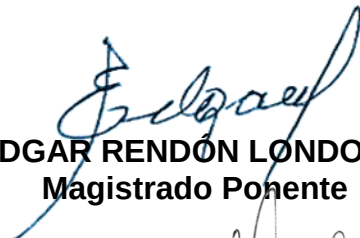
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, el 16 septiembre de 2022, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo 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 Porvenir S.A. y Colpensiones, la suma de \$1.160.000, para cada una de ellas.



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

RADICADO	11001310501220180029902
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ALEXANDRA RAMÍREZ PIÑEROS
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
LITISCONSORTE NECESARIO POR PASIVA	- ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y uno (31) días del mes de mayo 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 **Alexandra Ramírez Piñeros** se **declare** la nulidad de la afiliación y del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a Porvenir S.A. Como consecuencia de lo anterior, se **ordene** su vinculación a Colpensiones; que se **condene** a las demandadas al pago de las costas.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº 1 y 2 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 19 de octubre de 1969; que ha realizado cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en pensiones desde el 3 de julio de 1992, a la fecha; que al ISS cotizó desde el 3 de julio de 1992, hasta el 31 de julio de 1995; que su empleador Superintendencia de Servicios Públicos, la remitió a las oficinas de Porvenir para su afiliación en el sistema pensional; que debido a ello, trasladó su cotizaciones en pensiones a Porvenir, suscribiendo formulario No.

00572637, de fecha 13 de julio de 1995, haciéndose efectiva el día 1 de agosto de 1995; que el traslado se realizó sin que se le ofreciera información sobre los beneficios y consecuencias de trasladarse al nuevo régimen pensional; que Porvenir no aportó ni ofreció en cartilla información técnica del traslado que realizó; que no se le informó de las implicaciones económicas del traslado al RAIS, haciéndola incurrir en un error en la firma del contrato de afiliación; que no tuvo comprensión clara y oportuna sobre su traslado y desvinculación del RPM, por lo que no hubo un real consentimiento de traslado.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (fº 45 a 51 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante nació el 19 de octubre de 1967; que cotizó al ISS entre el 3 de julio de 1992, hasta el 31 de julio de 1995; que trasladó al RAIS administrado por Porvenir el 13 de julio de 1995. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle. Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indexación moratoria y buena fe.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contestó (archivo 12, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Frente a los hechos, aceptó que el natalicio de la demandante fue el 19 de octubre de 1967. Respecto a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle o no ser ciertos. Como excepciones de mérito, propuso 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.

El juzgado de conocimiento, mediante auto del 13 de julio de 2021, dispuso la integración del litisconsorcio necesario por pasiva con la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, entidad que una vez fue notificada, contestó (archivo 8, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el nacimiento de la accionante se produjo el 19 de octubre de 1967. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle o no ser ciertos. Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, traslado de los aportes a otra

Administradora, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica y traslado de aportes a Porvenir S.A.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 30 de agosto de 2022 (archivo 23 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación realizada por la señora ALEXANDRA RAMÍREZ PIÑEROS identificada con C.C. No 51´913.851 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR el 13 de julio de 1995, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la señora ALEXANDRA RAMÍREZ PIÑEROS al régimen de prima media con prestación definida, conforme lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora ALEXANDRA RAMÍREZ PIÑEROS tales como como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración y comisiones con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados; conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

CUARTO: CONDENAR a PORVENIR y PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros previsionales, que le fueron descontados a la accionante durante el tiempo que permaneció afiliada a esta, debidamente indexados, aclarando que en el caso de Porvenir corresponde en este ordinal al periodo de julio de 1995 a julio de 1996, cuando se afilió inicialmente a Porvenir, pues, por el periodo de febrero de 1998 a la fecha corresponde a lo ordenado en el ordinal anterior, esto es dada su afiliación a Colpatria.

QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre PORVENIR y PROTECCIÓN, con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la señora ALEXANDRA RAMÍREZ PIÑEROS al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas de esta instancia a PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES y a favor de la demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 para cada una.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que Sostuvo que les corresponde a los fondos privados demostrar que le brindaron una información completa a la afiliada para que se haya tomado la decisión de optar por un cambio de régimen, y el hecho de firmar un formulario de afiliación no significa *per se*, que el mismo se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada, agregado que, no se requiere que quien alega

la nulidad o ineficacia tenga una expectativa legítima de pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Encontró acreditado que la demandante el día 13 julio de 1995, solicitó traslado al RAIS a través de Porvenir, que el 26 de julio 1996, se afilió a Colmena hoy Protección y el 23 de febrero de 1998, se trasladó a Colpatria hoy Porvenir, donde se encuentra actualmente; que la accionante cotizó al ISS de 27 de octubre de 1993, al 2 de julio de 1995.

Indicó que, del formulario de afiliación se denotaba que la demandante al momento de afiliarse al RAIS lo hizo de manera libre y espontánea; sin embargo, ello no significa que hubiese recibido información suficiente por parte de la administradora respecto de las consecuencias que llevaba su decisión, pues Porvenir estaba obligada de informarle de las ventajas y desventajas de su traslado, las pérdidas o ganancias que pudiera tener respecto de los rendimientos de los aportes, la redención de los bonos pensional, casos en los que procede la devolución de aportes, modalidades de la pensión, requisitos para acceder a ella, entre otros.

Sostuvo que, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en la que se debía calcular el monto de la pensión y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros previsionales entre otros; que si bien la demandante para el momento del traslado era mayor de edad y capaz, ello no implica que tuviera conocimiento del tema y mucho menos se puede dar por cierto que tuvo el tiempo suficiente para documentarse sobre el régimen, pues para ello estaba el asesor. A pesar del indicio grave que recae en contra de la accionante por la inasistencia a absolver el interrogatorio, el mismo no desdibuja o suple la carga de la prueba que le correspondía al fondo privado.

Argumentó que, el hecho que la demandante se haya trasladado a otros fondos, las mismas no estaban obligadas a subsanar la omisión de la información que en su momento no le brindó Porvenir, pues al producirse un traslado en el mismo RAIS, a las administradoras solo les bastaba informar las ventajas y desventajas frente a la otra.

Consideró que, no se afecta la estabilidad financiera del sistema, como quiera que la ineficacia del traslado implica entre otras cosas, el traslado por parte de la AFP de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradoras, rendimientos, y mermas sufridas en el capital destinado para la financiación de la pensión de vejez, y gastos de administración con todos sus frutos e intereses, con los cuales se cubrirán las prestaciones a que haya lugar.

Respecto de la excepción de prescripción, la declaró no probada al considera que, con la nulidad o ineficacia de la afiliación, se persigue en esencia un derecho pensional, el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un periodo de tiempo afectaría los derechos fundamentales del afiliado.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, y para ello solicita que sea revocada en su integridad, para que en su lugar, se absuelva de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, teniendo en cuenta que, no fue posible lograr la comparecencia de la parte actora para absolver el interrogatorio de parte, la que hubiese servido para lograr la confesión respecto de la información que se brindó, lo que conllevaba a demostrar que la ineficacia no prosperaba en el presenta caso.

Sostuvo que, la demandante realizó traslados horizontales, con los que se firmaron formulario de manera voluntaria, demostrando su intención de pertenecer al RAIS; que la actora se encuentra inmersa en la prohibición contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por lo que no es procedente su retorno al RPM, aunado al hecho que se afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, en el entendido que el querer de esta norma es evitar la descapitalizaciones del RPM, al impedir que personas que no han contribuido a un fondo común perciban prestaciones de este régimen, poniendo en riesgo inclusive el derecho pensional de los demás afiliados al sistema. Solicitó que, sea tenida en cuenta la conducta asumida por la parte demandante a lo largo del proceso, pues únicamente se limitó a presentar la correspondiente demanda.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** presentó recurso de apelación, solicitando que se revoque en su integridad la sentencia apelada, teniendo en cuenta que, la vinculación de la demandante con la AFP fue válida y eficaz, como quiera que ella se trasladó de manera libre y voluntaria, recibió información por parte del asesor, y es que de no haber existido esta no se hubiese producido el traslado de la demandante al RAIS y tampoco se hubiese suscrito el formulario de vinculación.

Dijo que, de los traslados horizontales realizados se demuestra que en efecto era decisión de la afiliada pertenecer a este régimen pensional, más aún cuando durante su permanencia allí nunca elevó reclamación o queja, contrario a esto

permanece en el régimen, realizando cotizaciones y efectuando traslados horizontales, entonces si hay una relación entre la decisión de trasladarse y la de pertenecer allí.

Señaló que, para el momento en que se realizó el traslado, el deber de información se encuentra acreditado con el formulario de afiliación, pues era el único documento que se debía gestionar y conservar por parte de las administradoras, exigirse otros medios de pruebas se convierte en un imposible jurídico; adicional a que la normatividad vigente para la época obligaba únicamente al diligenciamiento del formulario. Por lo tanto, con su suscripción se le garantizó a la señora Ramírez que no se le violentara su derecho a la libre elección de régimen pensional.

Finalmente, manifestó que no fue posible realizar un interrogatorio de parte por la inasistencia de la parte demandante, que si bien, se tuvo como un indicio grave, el mismo no fue aplicado en el presente fallo, pues no se declaró confeso ningún hecho y a pesar de quedarse sin pruebas el fondo, resulto condenado.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Porvenir S.A., es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los 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 Alexandra Ramírez Piñeros nació el 19 de octubre de 1967 (fº 14, archivo 1 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que estuvo vinculado al ISS entre el 27 de octubre de 1993, al 31 de julio de 1995 (fº 15 a 16 archivo 1, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iii)** que el **13 de julio de 1995**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir, el cual se hizo efectivo a partir del 1º de agosto de 1995 (fº 17 archivo 1, fº 42 archivo 12, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y **iv)** que a partir del 26 de julio de 1996, se realizó traslado horizontal con la AFP Colmena hoy Protección (fº 31 archivo 8 de la 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 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 la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**13 de julio de 1995**-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Porvenir suscrito el 13 de julio de 1995, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda

concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

Ahora bien, se tiene que fue decretado el interrogatorio de parte a instancia de la promotora del presente juicio, sin embargo, no fue posible su práctica, debido a la renuencia de la demandante a comparecer a la diligencia de que trata el artículo 80 del estatuto procesal laboral, programada para el día 30 de agosto de 2022.

Ante este hecho, la juzgadora de instancia manifestó que esta conducta procesal debía ser tenida como un indicio grave en contra de la accionante, a pesar de ello, el artículo 205 del C.G.P., dispone que la inasistencia del citado a la audiencia, la renuencia a responder y las respuestas evasivas, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión sobre las preguntas asertivas contenidas en el interrogatorio escrito, o a falta de éste, sobre los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda y en las excepciones o sus contestaciones y cuando los hechos no sean objeto de confesión se tendrán como indicio grave, en todo caso, conforme lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otra en las sentencias con radicado 27060 de 2006, 43398 de 2012 y SL1048-2022, es necesario que el juez deje constancia puntual de los hechos que habrán de presumirse como ciertos, de tal manera que no es válida una alusión general e imprecisa a ellos, como la efectuada en este caso, decisión frente a la cual las partes no realizaron reparo alguno, por ello, no es este el estadio procesal para entrar a determinar cuales son los hechos que se encuentran cobijados por las presunciones contenidas en la norma en cita, como quiera que ello iría en contra de la garantía del debido proceso y el derecho a la defensa.

Entonces al ser ello así, ante la inasistencia de la citada a absolver el interrogatorio de parte, no se pueden derivar las consecuencias pretendidas por las

demandadas Colpensiones y Porvenir, esto es demostrar que al momento del traslado del régimen pensional se le haya brindado a la afiliada una información en la forma indicada en este proveído y mucho menos, que esta conducta procesal haga nugatorias las aspiraciones de la parte.

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

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

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

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

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se***

trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad. (Negrillas fuera del texto original).

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

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

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

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

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

la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocrinó:

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

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

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

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

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

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

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES,

declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

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.

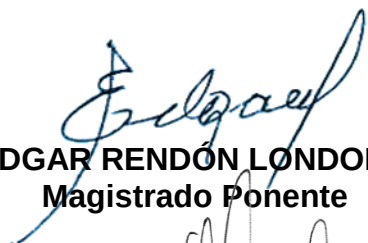
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, el 30 de agosto de 2022, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: 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 Porvenir S.A. y Colpensiones, la suma de \$1.160.000, para cada una de ellas.



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

RADICADO	11001310501220200003201
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MARTHA LIGIA ACOSTA FORERO
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y uno (31) días del mes de mayo 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 **Martha Ligia Acosta Forero** se **declare** la ineficacia de la afiliación y del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a Porvenir S.A., por existir vicios del consentimiento, por cuanto se ocultó información sobre los riesgos que se debía asumir cuando suscribió el formulario de vinculación; que se **declare** que debe estar afiliada a Colpensiones, como actual administrado del RPM, dada la desaparición de Cajanal. Como consecuencia de lo anterior, se **ordene** al fondo privado a devolver a favor de Colpensiones, todos y cada uno de los aportes realizados; que se ordene a Colpensiones a recibir estos aportes y aceptar su traslado al RPM; que se **condene** a las demandadas al pago de los costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº 5 y 6 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 6 de noviembre de 1966; que empezó a cotizar a la Caja Nacional a partir del 14 de marzo de 1994, en calidad de empleada

del INPEC; que en esta entidad cotizó de manera ininterrumpida hasta el 1 de septiembre de 1996; que el 2 de septiembre de 1996, se afilió a Horizonte hoy Porvenir, en donde se encuentra actualmente afiliada; que Porvenir ha cotizado un total de 1.155 semanas a octubre de 2019; que el funcionario que la afilió, nunca elaboró una proyección de la pensión que le permitiera contar con la información completa sobre el valor de su mesada pensional; que se le indicó que Cajanal se iba a liquidar y con base en eso suscribió formulario de vinculación; que Porvenir omitió el deber de información y buen consejo, omisión que se equipara a un engaño; que no existió una decisión libre e informada, pues desconocía los riesgos del traslado; que no se le informó el monto de la pensión, la diferencia en el pago de los aportes, implicaciones y las conveniencias o no de la eventual decisión; que no es beneficiaria del régimen de transición; que Porvenir le informó que para el año 2023, tendría una mesada pensional equivalente a un salario mínimo, con aproximadamente 148,26 semanas; que en Colpensiones su mesada sería de \$4.428.312,60, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 71%, 1.498,26 semanas y un promedio de cotizaciones de \$6237.060.

De otro lado, sostuvo que el 8 de noviembre de 2019, solicitó ante Porvenir y Colpensiones el traslado al RPM, petición que fue negada por la primera de ellas, en oficio con número de radicación 0100222103642300; que Colpensiones no dio respuesta a dicha solicitud.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (fº 49 a 54 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante nació el 06 de noviembre de 1966; que el 8 de noviembre de 2019, fue solicitado la aceptación del traslado al RPM. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle. Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contestó (archivo 3, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Frente a los hechos, dijo no constarle o no ser ciertos. Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción, buena fe, compensación y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 8 de agosto de 2022 (archivo 11 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación realizada por la señora MARTHA LIGIA ACOSTA FORERO, identificada con C.C. No. 51'869.790 del régimen de prima media con prestación definida administrado en su momento por CAJANAL al de ahorro individual con solidaridad administrado por HORIZONTE hoy PORVENIR S.A el 31 de julio de 1996, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la señora MARTHA LIGIA ACOSTA FORERO al régimen de prima media con prestación definida, administrado en este caso por COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MARTHA LIGIA ACOSTA FORERO tales como como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados; conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre PORVENIR S.A., con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la señora MARTHA LIGIA ACOSTA FORERO al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a PORVENIR S.A y COLPENSIONES a favor de la demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 para cada una.

Para Fundamentar su decisión, Sostuvo que les corresponde a los fondos privados demostrar que le brindaron una información completa a la afiliada para que se haya tomado la decisión de optar por un cambio de régimen, y el hecho de firmar un formulario de afiliación no significa, per se, que el mismo se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada, agregado que, no se requiere que quien alega la nulidad o ineficacia tenga una expectativa legítima de pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Encontró acreditado que la demandante el día 31 de julio 1996, solicitó traslado al RAIS a través de Horizonte hoy Porvenir, donde se encuentra actualmente; que la accionante cotizó a Cajanal 14 de marzo 1994, a 31 de julio 1996.

Indicó que, del formulario de afiliación se denotaba que la demandante al momento de afiliarse al RAIS lo hizo de manera libre y espontánea, sin embargo, ello no significa que hubiese recibido información suficiente por parte de la administradora respecto de las consecuencias que llevaba su decisión, pues Horizonte hoy Porvenir estaba obligada de informarle de las ventajas y desventajas de su traslado, las pérdidas o ganancias que pudiera tener respecto de los rendimientos de los aportes, la redención de los bonos pensional, casos en los que procede la devolución de aportes, modalidades de la pensión, requisitos para acceder a ella, entre otros.

Dijo que, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en la que se debía calcular el monto de la pensión y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaria para gastos de administración y seguros previsionales entre otros; que si bien la demandante para el momento del traslado era mayor de edad y capaz, ello no implica que tuviera conocimiento del tema y mucho menos se puede dar por cierto que tuvo el tiempo suficiente para documentarse sobre el régimen, pues para ello estaba el asesor.

Consideró que, no se afecta la estabilidad financiera del sistema, como quiera que la ineficacia del traslado implica entre otras cosas, el traslado por parte de la AFP de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradoras, rendimientos, y mermas sufridas en el capital destinado para la financiación de la pensión de vejez, y gastos de administración con todos sus frutos e intereses, con los cuales se cubrirán las prestaciones a que haya lugar.

De otro lado, expuso que si bien la demandante se encontraba afiliada a Cajanal y que no fueron realizadas cotizaciones al ISS, lo cierto es que, Colpensiones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto 2196 de 2009, está obligado a recibir a la accionante.

Respecto de la excepción de prescripción, la declaró no probada al considera que, con la nulidad o ineficacia de la afiliación, se persigue en esencia un derecho pensional, el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un periodo de tiempo afectaría los derechos fundamentales del afiliado.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, y para ello solicita que sea revocada en su integridad, para que en su lugar, se absuelva de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, teniendo en cuenta que, la afiliación de la demandante al RAIS estuvo precedida de una asesoría prudente y en donde se le dio a conocer las consecuencias que tenía el trasladarse de régimen, ejerciéndose de esta forma la libre escogencia del régimen pensional, conforme lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Señaló que, la demandante se encuentra inmersa en la prohibición contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por lo que no es procedente su retorno al RPM, aunado al hecho que se afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, en el entendido que el querer de esta norma es evitar la descapitalizaciones del RPM, al evitar que personas que no han contribuido a un fondo

común perciban prestaciones de este régimen, poniendo en riesgo inclusive el derecho pensional de los demás afiliados al sistema

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** presentó recurso de apelación, solicitando que se revoque en su integridad la sentencia apelada, teniendo en cuenta que para el año 1996, esto es en el primer estadio del deber de información, bastaba solo con informar las condiciones generales del sistema pensional, ello se demuestra con el interrogatorio de parte, en donde se acepta que hubo una asesoría previa al traslado de régimen pensional; por otro lado, está el formulario de afiliación, el cual fue aprobado por la Superintendencia Bancaria en su momento; que no fue objeto de desconocimiento dentro de este proceso. Por ello, este es el único documento que demuestra el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la AFP., entonces obligarla a aportar prueba diferente es exigirle un imposible jurídico.

Dijo que, también era deber de la demandante ilustrarse sobre las condiciones de funcionamiento del sistema, las cuales son públicos., dado que la ignorancia de la ley no sirve de excusa; lo que se observa es una negligencia de parte de la accionante, pues solo hasta cuándo se encuentra próxima a cumplir los requisitos para pensionarse es que decide informarse de su situación pensional, por lo tanto, esta negligencia no puede ser trasladada a la entidad.

señaló que, no es procedente la condena por concepto de gastos de administración y seguros previsionales, teniendo en cuenta que según el inciso 2º del artículo 20 de la ley 100 de 1993, en el RPM también se destina un porcentaje de la cotización para estos conceptos, por ello, estos en ningún régimen hacen parte integrante de la pensión de vejez y por ello si están sujetos a la prescripción; a su vez, ordenar su traslado genera un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, como quiera que no existe ninguna norma que disponga su devolución. Ahora el artículo 113 de la ley 100 de 1993 define cuales son los dineros que se deben trasladar al realizarse el cambio de régimen, los cuales corresponden al saldo de la cuenta de ahorro individual y los rendimientos.

Sostuvo que, no hay lugar a que estas sumas sean indexadas, como quiera que con los rendimientos financieros generados se compensan la pérdida del valor adquisitivo, además de generar una doble condena por una misma causa.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Porvenir S.A., es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los 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 Martha Ligia Acosta Forero nació el 06 de noviembre de 1966 (fº 12, archivo 1 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que estuvo vinculada a Cajanal entre el 14 de marzo de 1994, al 31 de julio de 1996 (fº 60 y 61 archivo 3, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y **iii)** que el **31 de julio de 1996**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir, el cual se hizo efectivo a partir del 1º de septiembre de 1996 (fº 23 archivo 1, fº 63 y 108 archivo 3, de la 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 la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**31 de julio 1996**–, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Porvenir suscrito el 13 de julio de 1995, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

Ahora bien, del interrogatorio de parte rendido por la actora, advierte la Sala que de este no se desprende confesión alguna, que permitan acreditar que, en efecto, la gestora del traslado de régimen, esto es Porvenir, haya dado cumplimiento al deber de información que le asiste, pues si bien, la accionante en su declaración acepta que al momento de la suscripción del formulario de afiliación estuvo con una asesora comercial, lo cierto es que la única información que recibe de ella, es que Cajanal se iba a acabar, que perdería sus aportes y derecho pensional.

Por lo anterior, se concluye que la información suministrada al afiliado estuvo lejos de ser cierta y transparente, pues estuvo precedida de engaño, generando en ella temores infundados respecto de su futuro pensional

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

Adicional a lo ya expuesto, tenemos que contrario a lo sostenido por la recurrente, el hecho que a la promotora de este juicio se le haya reconocido la prestación por vejez por parte de la demandada Colpensiones, no es una circunstancia que impida la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen, pues si bien, ella consolidó su prestación, lo cierto esta no es producto de su afiliación con los fondos privados, sino que por el contrario, su reconocimiento obedece al retorno que hizo la hoy pensionada al RPM. Sobre este asunto en particular, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, también ha tenido la oportunidad de emitir pronunciamiento, tal y como lo reflejó en la sentencia SL2159-2022, en donde se indicó:

Pues bien, aterrizando lo dicho al presente caso se colige que la actora posee actualmente una situación jurídica consolidada, al ostentar la calidad de pensionada, lo cual, en principio, daría lugar a la observancia del criterio jurisprudencial de esta Corporación, visible en sentencia SL373-2021, según el cual no luciría posible la declaratoria de la ineficacia del traslado por existir un hecho consumado que no es razonable retrotraer, sin embargo, la prestación económica en comento no fue reconocida por el fondo pensional sobre el cual se discute la eficacia de la afiliación, sino por el cual se quiere «validar la afiliación en pensión»; circunstancia fáctica que, para el presente caso, desmonta y torna impropios los argumentos esbozados en la providencia ibidem para erigir la postura de esta Sala, que de ser procedente el

reconocimiento del derecho pensional de la demandante bajo los apremios del régimen de transición, conforme lo solicitado en el líbello demandatorio, el mismo sería sufragado con los mismos recursos con los cuales ha venido siendo cancelada su mesada pensional.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL4911-2019).

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).

Por otro lado, tenemos que ni los gastos de administración ni los valores por concepto de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, tampoco son objeto del fenómeno prescriptivo, habida cuenta que estos recursos al contribuir con la financiación y construcción de un derecho pensional tampoco podrían ser objeto de prescripción, aún más, cuando estos recursos constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza no solo el pago de las eventuales prestaciones a las que pudiera tener derecho el aquí demandante, sino, el de todos los afiliados del régimen de prima media con prestación definida.

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,

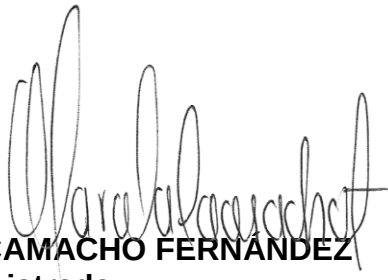
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, el 8 de agosto de 2022, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: 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 Porvenir S.A. y Colpensiones, la suma de \$1.160.000, para cada una de ellas.



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

RADICADO	11001310501220200023501
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ALIRIO GÓMEZ TORRES
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y uno (31) días del mes de mayo 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 **Alirio Gómez Torres** se **declare** la nulidad y/o ineficacia de la afiliación y del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a Protección S.A., por la omisión en el deber de información. Como consecuencia de lo anterior, se **declare** que la única afiliación válida, ha sido la efectuada al RPM administrada por Colpensiones; que se **declare** que Protección y Porvenir deben devolver íntegramente a esta última, todos los valores que hubiesen recibido con motivo de la afiliación, como son las cotizaciones o aportes a pensión, los rendimientos financieros, los gastos de administración, 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, sin descuento alguno por gastos de administración, o de cualquier otro concepto.

Adicionalmente, solicita que se **condene** a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez, conforme lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993,

modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, junto con el retroactivo causado desde el 15 de junio de 2020, y hasta la fecha de inclusión en nómina, junto con las mesadas ordinarias, la adicional y reajustes de ley; que se condene al reconocimiento y pago de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993; subsidiario a esta pretensión, que se condene al pago de la indexación; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº 3 a 5 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 15 de junio de 1958, cumpliendo los 62 años de edad en el año 2020; que inició su vida laboral desde el 1 de mayo de 1979, cuando empezó a prestar sus servicios a la Caja Promotora de Vivienda Militar; que prestó sus servicio allí hasta el 15 de octubre de 1986, cotizando un total de 2.725 días, que equivalen a 389,28 semanas; que sus aportes a pensión se realizaron al Fondo Pensional del Ministerio de Defensa; que empezó a laborar el 27 de noviembre del año 1987, en la empresa Unión Popular de Crédito (Cupocrédito); que se afilió al RPM para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, administrado por el extinto ISS, que allí empezó a realizar aportes de manera ininterrumpida con diferentes empleadores hasta el día 31 de agosto de 1999; que para esta fecha, alcanzó un total de 542,57 semanas; que en el reporte de semanas cotizadas expedida por Porvenir, se acredita un total de 1.585 semanas; que aparece como trasladado al RAIS a través de Protección S.A. a partir del 1º de septiembre de 1999; que Protección antes de proceder a su afiliación, omitió darle la información necesaria sobre las ventajas y desventajas del traslado entre dichos regímenes; que realizó traslado horizontal en el RAIS con Porvenir a partir del 1 de enero de 2005; que esta AFP omitió brindarle información necesaria sobre las ventajas y desventajas del traslado entre dichos regímenes, o los efectos de la permanencia en éste; que a la fecha se encuentra afiliado a Porvenir; que las AFP no le propiciaron información, completa y comprensible, a fin de ilustrarlo en las diferentes alternativas que pudiera, ya hubiera sido con sus beneficios e inconvenientes, respecto a los dos regímenes pensionales existentes en nuestro país.

Señaló que, en el formulario de afiliación o traslado de régimen pensional, no existe constancia alguna que Protección le haya brindado la información pertinente; que no se le hizo proyección del monto de la pensión; que no se le informó sobre los requisitos básicos para pensionarse; que no se le dio la oportunidad de retractarse de la afiliación en los términos del artículo 30 del Decreto 1161 de 1994; que Porvenir al momento de efectuar el traslado horizontal en el RAIS, no comunicó que disponía de un plazo de un año entre enero de 2004, al 28 de febrero de 2005, para retornar al RPM o continuar en el RAIS; que cumple con los requisitos de edad y tiempo de

cotización exigidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, para ser acreedor de la pensión de vejez; que adquirió su estatus de pensionado el día 15 de junio de 2020, cuando cumplió los 62 años de edad y las semanas de cotización al sistema.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (fº 25 a 41 archivo 9, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el demandante nació el 15 de junio de 1958, cumpliendo la edad de los 62 años, en el 2020; que el 27 de noviembre del año 1997, se afilió al RPM para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, el cual se encontraba administrado por el extinto ISS; que allí fueron efectuados aportes hasta el día 31 de agosto de 1999. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle. Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por no reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir e imposibilidad de condena en costas.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contestó (archivo 10, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Frente a los hechos, aceptó que el natalicio del demandante fue el 15 de junio de 1958; que él cuenta con 1585 semanas; que realizó traslado a Protección el 1 de septiembre de 1999; que realizó traslado horizontal con Porvenir el 1 de enero de 2005; que a la fecha el señor Gómez se encuentra afiliado en este fondo; que la última cotización realizada fue en enero de 2019. Respecto a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle o no ser ciertos. Como excepciones de mérito, propuso 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.

De otro lado, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, contestó (archivo 12, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el nacimiento del accionante se produjo el 15 de junio de 1958. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle. Como excepciones de mérito, propuso 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, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad

y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver 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; traslado de los aportes a otra Administradora y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 25 de agosto de 2022 (archivos 23 y 24 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación realizada por el señor ALIRIO GÓMEZ TORRES, identificado con C.C. No.19.371.981, del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A. el 8 de julio de 1999, conforme a lo expuesto en esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al señor ALIRIO GÓMEZ TORRES al régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor ALIRIO GÓMEZ TORRES tales como como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus 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, debidamente indexados; conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

CUARTO: CONDENAR a PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES, lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros previsionales que le fueron descontados al accionante, durante el tiempo que permaneció afiliado a esta, debidamente indexados.

QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación del señor ALIRIO GÓMEZ TORRES al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.

SEXTO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor ALIRIO GÓMEZ TORRES, identificado con C.C. No.19.371.981 la pensión de vejez en los términos de la Ley 797 de 2003, a partir del 15 de junio de 2020, la cual se calculará con base en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, este último modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, esto es, con el promedio de lo cotizado durante toda la vida laboral o el de los últimos 10 años, el que le resulte más favorable, para lo cual, dado el número de semanas cotizadas, aplicará la tasa de reemplazo que le corresponda una vez aplique el sistema decreciente establecido en dicha norma y teniendo en cuenta, hasta la última semana efectivamente cotizada.

SÉPTIMO: ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas de acuerdo a lo motivado.

NOVENO: CONDENAR en costas de esta instancia a PORVENIR S.A, PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES a favor del demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 para cada una.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que les corresponde a los fondos privados demostrar que le brindaron una información completa a la afiliada para que se haya tomado la decisión de optar por un cambio de régimen, y el hecho de firmar un formulario de afiliación no significa, per se, que el mismo se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada, agregado que, no se requiere que quien alega la nulidad o ineficacia tenga una expectativa legítima de pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Encontró acreditado que el demandante el día 8 julio de 1999, solicitó traslado al RAIS a través de Protección, que el 30 de noviembre de 2004 se afilió a Porvenir, donde se encuentra actualmente. A su vez, que el accionante cotizó al ISS de 27 de noviembre de 19993 hasta 1997.

Indicó que, del formulario de afiliación se denotaba que el demandante al momento de afiliarse al RAIS lo hizo de manera libre y espontánea, sin embargo, ello no significa que hubiese recibido información suficiente por parte de la administradora respecto de las consecuencias que llevaba su decisión, pues Porvenir estaba obligada de informarle de las ventajas y desventajas de su traslado, las pérdidas o ganancias que pudiera tener respecto de los rendimientos de los aportes, la redención de los bonos pensional, casos en los que procede la devolución de aportes, modalidades de la pensión, requisitos para acceder a ella, entre otros.

Dijo que, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en la que se debía calcular el monto de la pensión y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaria para gastos de administración y seguros previsionales entre otros; que si bien el demandante para el momento del traslado era mayor de edad y capaz, ello no implica que tuviera conocimiento del tema y mucho menos se puede dar por cierto que tuvo el tiempo suficiente para documentarse sobre el régimen, pues para ello estaba el asesor.

Argumentó que, el hecho que el demandante se haya trasladado a otros fondos, las mismas no estaban obligadas a subsanar la omisión de la información que en su momento no le brindó Protección, pues al producirse un traslado en el mismo RAIS, a las administradoras solo les bastaba informar las ventajas y desventajas frente a la otra.

Consideró que, no se afecta la estabilidad financiera del sistema, como quiera que la ineficacia del traslado implica entre otras cosas, el traslado por parte de la AFP de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradoras, rendimientos, y mermas sufridas en el capital destinado para la

financiación de la pensión de vejez, y gastos de administración con todos sus frutos e intereses, con los cuales se cubrirán las prestaciones a que haya lugar.

Respecto al reconocimiento de la pensión de vejez, sostuvo que el demandante no era beneficiario del régimen de transición y la norma aplicable es el artículo 33 de la ley 100 de 1993, por lo tanto, se acreditó que el día 15 de junio de 2020, cumplió 62 años de edad y 1.585 semanas al 2 de enero de 2019, cumpliéndose de esta forma los requisitos exigidos para acceder a la prestación reclamada, dado lo anterior, la fecha de reconocimiento fue establecida para el 15 de junio 2020, data de cumplimiento de la edad; respecto al monto no se efectuó calculo y se dispuso que fuera Colpensiones quien determinara el IBL y la tasa de reemplazo, con base en los artículos 21 y 34 de la ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003.

No impuso condena por concepto de intereses moratorios, en la medida que a la fecha Colpensiones no ha incurrido en mora en el reconocimiento y pago de la prestación. Tampoco fue dispuesto el reconocimiento de la indexación, como quiera que el reconocimiento de la pensión está sujeta al traslado de los aportes que deben realizar las AFPs.

Respecto de la excepción de prescripción, la declaró no probada al considerando que, con la nulidad o ineficacia de la afiliación, se persigue en esencia un derecho pensional, el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un periodo de tiempo afectaría los derechos fundamentales del afiliado.

RECURSO DE APELACIÓN

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** presentó recurso de apelación, solicitando que se revoque en su integridad la sentencia apelada, teniendo en cuenta que, la entidad es un tercero que ha obrado de buena fe y que se encontraba obligada a aceptar la afiliación del demandante al RAIS, en este caso el traslado proveniente de otra AFP, conforme los establecen los artículos 13 y 211 de la ley 100 de 1993, y nada tuvo que ver con la selección inicial realizada con Protección, quien debe acreditar el cumplimiento del deber de información, conforme lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia.

Expresó que, para la fecha en que el demandante se vinculó con esta entidad, esto es para noviembre de 2004, de manera consiente y libre, sin que para ello existieran vicios del consentimiento; que la parte actora como consecuencia de la declaratoria de ineficacia tiene que asumir como consecuencia la devolución de los gastos de administración, adicional a ello, se tiene que en el RPM también se hacen descuentos por este concepto.

Respecto al porcentaje de primas previsionales, sostuvo que los mismos tenían por objeto cubrir contingencias que se podía presentar por invalidez o la muerte, por lo tanto, desde el 2005, hasta la fecha el afiliado siempre ha estado asegurado por estos riesgos; que el reconocimiento de la pensión de vejez del demandante le correspondía a esta entidad, la cual debe ser estudiada bajo el régimen administrado por esta AFP y no por Colpensiones.

COLPENSIONES presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, y para ello solicita que sea revocada en su integridad, para que en su lugar, se absuelva de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, teniendo en cuenta que, la afiliación del demandante al RAIS estuvo precedida de una asesoría prudente y en donde se le dio a conocer las consecuencias que tenía el trasladarse de régimen, ejerciéndose de esta forma la libre escogencia del régimen pensional, conforme lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 100 de 1993. A su vez, el tiempo de permanencia y el traslado a otra AFP, dan a entender que su intención era continuar en el RAIS

Señaló que, la demandante se encuentra inmersa en la prohibición contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por lo que no es procedente su retorno al RPM, aunado al hecho que se afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, en el entendido que el querer de esta norma es evitar la descapitalizaciones del RPM, al evitar que personas que no han contribuido a un fondo común perciban prestaciones de este régimen, poniendo en riesgo inclusive el derecho pensional de los demás afiliados al sistema.

Respecto al reconocimiento de la pensión de vejez, acotó que esta entidad no puede otorgarle el derecho pensional al accionante, como quiera que no tenía la calidad de afiliado al RPM.

Solicitó que, se revoque la imposición de costas, como quiera que la entidad ha actuado de buena fe y ha aplicado las normas correspondientes al caso en concreto, centrando su defensa en la imposibilidad de realizar el traslado, conforme lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, como quiera que se encontraba a menos de 10 años de adquirir el derecho pensional.

El señor **ALIRIO GÓMEZ TORRES** a través de su apoderado interpuso recurso de apelación parcial, en lo que tiene que ver con los intereses moratorios contemplados en artículo 141 de la Ley 1993; sostuvo además que, se debe establecer el valor de la mesada, el retroactivo, debido a que las sentencias deben ser concreta, singular, precisa y determinada frente al derecho reconocido.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por el demandante, 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 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 S.A., es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los todos aportes realizados por la actora en el RAIS. De igual forma, se deberá establecer si el actor tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez y, si hay lugar a determinar el valor de la mesada, del retroactivo y si es procedente la imposición de intereses moratorios.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor Alirio Gómez Torres nació el 15 de junio de 1958 (f° 71, archivo 1 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que estuvo vinculado al ISS entre el 27 de noviembre de 1987, al 30 de junio de 1999 (archivo 13, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iii)** que el **07 de julio de 1999**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Protección, el cual se hizo efectivo a partir del 1° de septiembre de 1999 (f° 27 archivo 10, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y **iv)** que a partir del 30 de noviembre de 2004, se realizó traslado horizontal con la AFP Porvenir (f° 27 archivo 10 de la 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 la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**07 de julio de 1999**–, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP 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 07 de julio de 1999, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Y es que en este punto debe advertirse que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la «[...] *firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado*» (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-

2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

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

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

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

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

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

dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad. (Negrillas fuera del texto original).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

PENSIÓN DE VEJEZ

En lo que se refiera a este asunto, se hace necesario establecer el cumplimiento de los requisitos para acceder a esta prestación, bajo los postulados normativos señalados 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 Alirio Gómez Torres nació el 15 de junio de 1958 (f.º 71 archivo 1 carpeta 1 exp. Digital), de donde se colige que llegó a los 62 años de edad del mismo día y mes del año 2020, 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, para dicha calenda contaba con 1.585 semanas, por lo tanto, válidamente se puede afirmar que para esa fecha se causó el derecho pensional objeto de estudio. Por lo 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, conforme fue establecido por la sentenciadora de instancia.

Ahora bien, con la finalidad de desatar el recurso de apelación interpuesto por el extremo activo de la acción, 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, si bien, de la historia laboral consolidada se advierte que la última cotización del señor Gómez Torres fue en el mes de enero de 2019 (f.º 37 a 63 archivo 10, carpeta 1 exp. Digital), lo cierto es que esta documental refleja lo cotizado hasta el 24 de septiembre de 2021, fecha de expedición de la historia laboral, sin que de allí se pueda inferir que esa data sea la de desafiliación del actor del sistema, en vista que desde este momento han transcurrido más de 1 año, desconociéndose si con posterioridad se han realizado más cotizaciones; por ende, el disfrute efectivo de la prestación se hará a partir de la fecha en que dicho requisito efectivamente se demuestre ante Colpensiones.

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, 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, tal y como fue definido por la juez de conocimiento.

Aunado lo anterior, se debe resaltar que la providencia objeto de censura no desconoce en lo más mínimo lo dispuesto en el artículo 283 del C.G.P., en la medida que, si bien no ha sido cuantificado el valor de la mesada pensional y el valor del retroactivo, lo cierto es que, ello encuentra fundamento no solo en los argumentos planteados con anterioridad, sino que también se le garantiza al afiliado el derecho a controvertir en sede administrativa, de ser el caso, el valor de su primera mesada pensional, tasa de reemplazo, ingreso base de cotización y semanas cotizadas, en el evento que con posterioridad a la fecha presentación de esta demanda haya efectuado mas cotizaciones. Siendo ello así, es claro que en la decisión de primera instancia se dejan sentados lo derroteros para el reconocimiento de la prestación por vejez, la cual se debe hacer efectiva una vez se realicen los traslados de los saldos y los conceptos definidos tanto es este proveído como en la sentencia de primer grado.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia, en lo que a este punto de apelación se refiere, conforme se acaba de exponer.

INTERESES MORATORIOS

Ahora, en lo que hace referencia a la apelación de la sentencia respecto a este asunto, se debe tener en cuenta que el recurrente únicamente se limita a señalar que formula recurso frente a la negativa de conceder los intereses moratorios, sin que para ello, se cuestionen las consideraciones que conllevaron al a quo a desestimar esta pretensión.

Sobre el particular, debemos traer a colación la sentencia SL34215 de 2010 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reiterada en las providencias SL13179 de 2015 y SL4283-2018, en donde se sostuvo:

resulta pertinente recordar que la sustentación del recurso de apelación, debe ser una exposición clara y suficiente de las razones jurídicas o fácticas que distancian al impugnante de la resolución judicial, señalando de manera concreta cuáles son los

motivos de inconformidad para que esa sentencia sea revocada, aun cuando no implica la utilización de fórmulas sacramentales para su presentación; y por consiguiente, no es de recibo expresiones vagas o genéricas como que se apela en todo aquello que fue desfavorable, o que se aspira la revocación total de la decisión cuestionada, o que se está inconforme con la totalidad del fallo, para que el Tribunal esté obligado a revisar todas las súplicas o en todos sus aspectos la decisión apelada.

En virtud de lo anterior y como quiera que el interesado no cumplió con el deber de sustentar en debida forma su recurso de alzada, el mismo deberá ser desestimado, pues no se puede pretender que a raíz de la indebida formulación del recurso de alzada se efectuó un control de legalidad sobre la totalidad de la sentencia, aún más cuando esta no es totalmente adversa a los intereses de la parte demandante, en cuyo caso debía surtir el grado jurisdiccional de consultada sobre dicha providencia, en virtud de lo estatuido en el art. 69 del CPT y SS.

Ahora bien y en gracia de discusión, se debe advertir que los intereses resultan improcedentes puesto que, de un lado fue a través del presente juicio que se dispuso declarar la ineficacia del traslado del régimen pensional y como consecuencia de ello, el retorno del afiliado al RPM, es por ello que, con anterioridad a la ejecutoria de las providencias dictadas en el presente juicio, Colpensiones no era la obligada al reconocimiento de la pensión de vejez. Por otro lado, tenemos que el promotor de la contienda tampoco ha acreditado la desafiliación del sistema, por tal razón, al no haber sido definida la fecha de disfrute de la prestación por vejez, no han sido causadas mesadas pensionales a su favor, lo que nos lleva a concluir que la administradora del régimen de prima media no se encuentra en mora en el reconocimiento de mesadas pensionales que la hagan acreedora a la imposición de los intereses contemplado en el artículo 141 de la ley 100 de 1993.

Por lo anterior, también deberá confirmarse la decisión de primera instancia, en lo que a este punto de apelación se refiere, conforme las consideraciones anteriormente expuestas.

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA

En cuanto a la condena en costas a Colpensiones en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, en los términos del numeral 1° del artículo 365 del CGP, como quiera que la misma fue vencida en juicio, además de haber presentado oposición a las pretensiones de la demanda.

Por otro lado, resulta también pertinente indicar que, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que las costas no son consecuencia de un proceder determinado de las partes, de allí que no interese para su imposición que se haya actuado de buena o mala fe, diligente o negligentemente. Ello por cuanto actuar con probidad y sensatez es un deber que se le exige a toda persona que acude a la justicia

a reclamar un derecho, de allí que las costas derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago (CSJ SL4123-2019).

De esta forma, la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir para ejercer su defensa, sin que ello implique que se vean afectados los recursos del sistema general de pensiones de la recurrente, pues la imposición de este gravamen no está con cargo a los recursos con destinación específica provenientes de la seguridad social en pensiones, es decir, recursos del régimen de prima media con prestación definida, sumado al hecho que esta entidad pública cuenta con recursos propios destinados específicamente para atender las contingencias que se deriven de los juicios que se adelanten en su contra.

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.

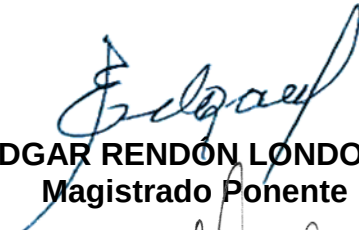
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, el 25 de agosto de 2022, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: 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 Porvenir S.A. y Colpensiones, la suma de \$1.160.000, para cada una de ellas.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente