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	**11001310503220220022 9-01**
CLASE DE PROCESO	**ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE	**MARTHA PATRICIA MANRIQUE SOACHA**
DEMANDADO	- **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** - **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), 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 Patricia Manrique Soacha** se declare que la AFP PORVENIR S.A. faltó al deber de informar de manera clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto a las implicaciones que tenía el cambio de régimen de pensión y en general sobre las prestaciones económicas que obtendría en el régimen de ahorro individual con solidaridad, los riesgos, beneficios y desventajas; por consiguiente, se declare la ineficacia del traslado del RPM al RAIS por resultar ineficaz y los subsiguientes traslados que se hicieron dentro del mismo régimen y establecerse que no produjeron ningún efecto jurídico. En consecuencia, se ordene a la AFP Porvenir a la devolución a Colpensiones de todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y devolución de los gastos de administración que han sido descontados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en su poder, a Colpensiones a reactivar la afiliación considerando que para todos los efectos legales siempre ha estado vinculada

en el RPM, recibir los aportes y rendimientos devueltos por la AFP PORVENIR, actualizar y corregir su historia laboral y ponerla su disposición, al pago de costas y agencias en derecho, y a lo que resulte probado ultra y extra petita (f° 5 a 6, archivo 01, carpeta 1 instancia- exp. digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f°2 a 3, archivo 02, carpeta 1 instancia- exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 26 de mayo de 1968; que estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones desde el inicio de su vida laboral en donde cotizó con varias empresas; que de manera posterior y ante una campaña de desinformación de las AFP en general firmó formulario de traslado del RPM al RAIS con destino a la AFP Porvenir S.A.

Relató que, su afiliación a Porvenir S.A. se hizo sin que le suministraran información concreta y veraz de las reales consecuencias que conllevaría su decisión de traslado de régimen, no le explicaron la naturaleza propia del RAIS, ni sus características, ni su diferencia con el RPM, es decir, se omitió darle información sobre las ventajas y desventajas sobre el cambio de régimen; que del formulario de vinculación no existe constancia alguna de la que se pueda inferir que le fue suministrada información pertinente y completa.

Expuso que, posteriormente se trasladó a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., entidad que tampoco le suministró información concreta y veraz de las reales consecuencias del traslado; que después volvió a retornar a Porvenir S.A. donde se siguió omitiendo la información necesaria para su decisión; que ninguna de las dos AFP le informaron el plazo que tenía para retornar de régimen, ni las proyecciones que debía prever para asegurar un monto pensional en condiciones dignas; por último, mencionó que actualmente se encuentra afiliada a Porvenir S.A.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES 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 y su afiliación a Porvenir; frente a los demás, indicó que no le constaban. Propuso como excepciones de fondo, las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la Seguridad Social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la CN), buena

fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, improcedencia de declaratoria de ineficacia de afiliación en los casos de pensionados en el RAIS, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción e innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A**., contestó (archivo 08 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, indicó ser cierta la fecha de nacimiento de la actora; respecto a los demás, dijo que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos en la forma redactada. Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 28 de noviembre de 2023 (archivo 15, carpeta 1 instancia- exp. digital), resolvió:

> ***PRIMERO. DECLARAR PROBADAS*** *las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación formulada por PORVENIR S.A. e inexistencia del derecho reclamado formulada por COLPENSIONES, conforme las consideraciones expuestas.*
>
> ***SEGUNDO. ABSOLVER*** *a las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante MARTHA PATRICIA MANRIQUE SOACHA.*
>
> ***TERCERO. CONDENAR*** *en costas a la demandante y a favor de las demandadas, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a medio (1/2) smlmv a favor de cada una de ellas*.

Para fundamentar su decisión, señaló que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, señalaba que la selección de uno o cualquiera de los regímenes previstos por dicha normatividad es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado e igualmente se encuentra establecida la prohibición de trasladarse de régimen a aquellos afiliados a quienes les faltare 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Seguidamente, refirió que estaba acreditado que la señora Martha Patricia Manrique Soacha nació el 26 de mayo de 1968; que se encontraba historia laboral emitida por Colpensiones en la que se verificaba un total de 0 semanas cotizadas; que si bien se había allegado un reporte de una semana cotizada del mes de enero de

1998, por parte de la Alcaldía de Granada – Cundinamarca, dicha cotización tenía la observación devuelto al RAIS por estar afiliado a este último régimen, historia laboral que podía ser verificada en el expediente administrativo allegado por Colpensiones, también se encontraba formulario de vinculación de la demandante a Porvenir S.A., de fecha 8 de agosto de 1996, que indicaba que se trataba de una vinculación inicial; que se evidenciaba igualmente comunicación remitida al correo electrónico de la actora del 22 de octubre de 2014, en la que le informaba que estaba próxima a cumplir los 47 años de edad, poniéndose de presente lo dispuesto en la Ley relacionado con la posibilidad de trasladarse hasta antes de los 10 años o menos de llegar a la edad de pensión, comunicación que había sido remitida al correo Marthapatricia6@yahoo.com, correo electrónico que había sido reconocido por la actora en interrogatorio de parte.

Sostuvo que, al verificarse la consulta realizada al sistema de aplicativo de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se observaba que el único período cotizado era enero de 1998, y establecía historia no válida para bono, periodo que era el que también aparecía registrado en la historia laboral emitida por Colpensiones, empero tal situación se debía a que para esa data se encontraba afiliada al RAIS.

Concluyó que, de acuerdo con las anteriores probanzas no obraba prueba que demostrara que la promotora del proceso hubiera estado afiliada al RPM, y por el contrario, lo que se verificaba era que la totalidad de sus cotizaciones se habían efectuado al RAIS, por lo que de acuerdo con las sentencias emitidas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia CSJ SL 3587 de 2021, SL 1688 2019 y SL 3464 de 2019, no había lugar a declarar la ineficacia de traslado de régimen.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que la esencia del proceso de declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional tenía un origen, el cual se basaba en determinar que no había existido entrega de información completa, clara, veraz, cierta y suficiente por parte de Porvenir; que en el presente caso, se podía observar que tanto en el interrogatorio de parte como en los hechos de la demanda, se había dejado explicitó que había existido era una falta de entendimiento en la información brindada, que no existía comprensión de lo que era el régimen de ahorro individual con solidaridad y las implicaciones reales de su afiliación o traslado, no existiendo medio de prueba conducente, pertinente o útil que permitiera determinar que existió una entrega de

información real y suficiente; además los fondos de pensiones no allegaron en la contestación de la demanda algún medio de prueba que condujera al despacho a determinar que la decisión de la demandante había sido informada.

Adujo que, no se había tenido en cuenta en primera instancia que se encontraba probado que la primera afiliación de la señora Marta Patricia Manrique Soacha había sido en el ISS, de acuerdo a la respuesta que había dado Asofondos el 27 de mayo de 2022, aunado a que en el hecho 2 de la contestación de la demanda Colpensiones señalaba: «*se indica que según historia laboral de la demandante expedida por Colpensiones, se evidencia como fecha de afiliación el 27 de mayo de 1996».* Igualmente debía tenerse en cuenta las sentencias SL 12136 de 2014, reiterada en las sentencias SL 19447 de 2017 y SL 4964 de 2018, en donde la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia había expresado que no podía entenderse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocían sobre la incidencia que aquella pudiera tener frente a sus derechos prestacionales, ni podía estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica.

Finalmente, sintetizó que sí había estado afiliada al ISS; que se había desconocido que las normas vigentes exigían para la fecha del traslado que se debía dar información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que se realizaran, de suerte que les permitiera a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado, situación que no se había presentado en su caso, debiéndose tener también en cuenta la sentencia SL1452-2019, que refiere que no es necesario estar a portas de causar el derecho o tener un derecho causado, para que sea declarada la ineficacia del traslado, así como la inversión de la carga de la prueba a favor de la afiliada.

CONSIDERACIONES

La Sala, en atención al principio de consonancia establecido en el artículo 66-A del CPTSS, resolverá el recurso interpuesto por la parte demandante, en estricto sentido a lo que fue materia de alzada, acorde con las inconformidades planteadas por el apelante en audiencia pública de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la señora Marta Patricia Manrique Soacha nació el 26 de mayo de 1968; ***ii)*** que se afilió a la AFP Porvenir S.A. el **8 de agosto de 1996**; ***iii)*** que luego, se afilió a la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías el 4 de septiembre de 1997 y retornó a Porvenir el 31 de marzo de 2001, en donde permanece afiliada en la actualidad; lo anterior, tal y como se desprende de los archivos 01 y 08, carpeta 1ª inst. exp. Digital.

Selección inicial de régimen pensional

A la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se estableció la posibilidad de seleccionar cualquiera de los regímenes pensionales contemplados en dicha normatividad, ya fuera el régimen de prima media con prestación definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad; estableciéndose en el literal b) del artículo 13 *ibídem*, que la selección debe ser libre y voluntaria por parte del afiliado, quien podrá manifestar por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Igualmente, tal normatividad contempló en el literal e), lo siguiente:

> *e. <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> <Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez;*

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral de Descongestión, en la sentencia CSJ SL1806-2022, indicó:

> *Ante tal panorama legal, la primera conclusión que surge para la Sala es que esa garantía de escoger régimen pensional es una expresión de la protección del derecho fundamental a la seguridad social, en vista del carácter obligatorio e irrenunciable de este último (artículo 48 de la Constitución Política). También, que resulta relevante para preservar el equilibrio y la articulación del sistema, a la luz del principio de unidad consagrado en el literal e) del artículo 2 de la Ley 100 de 1993.*

Así las cosas, es claro que las restricciones al libre movimiento entre regímenes pensionales tienen un sustento legal. No de otra manera se explica que el legislador hubiera sido tan explícito al disponer que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho de las personas a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, pueden ser destinatarias de sanciones económicas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación (artículo 271 de la Ley 100 de 1993).

[…]

Entonces, la afiliación es un acto jurídico único dentro de nuestro sistema pensional. Posteriormente, no puede ser desconocida su existencia, como si nunca se hubiera registrado.

Deber de información por parte de las AFP

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.° 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).

No obstante, tales exigencias se han considerado en los casos de **traslado de régimen pensional**. En el presente asunto señaló el Juez de primera instancia que en el caso de la señora Martha Patricia Manrique no había existido traslado de régimen, pues de acuerdo a las documentales recaudadas dentro del expediente no existía constancia de que hubiera pertenecido al RPM, argumento que reprocha la parte actora, quien aduce que existe respuesta por parte de Asofondos del 27 de mayo de 2022, que da constancia de su vinculación a Colpensiones, como también había sido reconocido por esta entidad dentro de la contestación a la demanda.

Al verificarse la respuesta otorgada por Asofondos de fecha 27 de mayo de 2022, allí dicha entidad refirió (f° 21 a 23, archivo 01, expediente digital):

[…]

Ahora bien, respecto a la información del estado de afiliación de una persona, nos permitimos señalar que la misma ***debe ser suministrada directamente por parte de la administradora donde se encuentre afiliada cada persona****, por lo cual es pertinente aclarar, que la información de afiliación de una persona es pública y puede ser consultada en el Registro Único de Afiliados (RUAF), digitando el número de identificación, en el siguiente link:*

https://ruaf.sispro.gov.co/TerminosCondiciones.aspx

En desarrollo de las actividades de la asociación, tenemos acceso al Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensiones (en adelante SIAFP), que es alimentado por la información remitida por las AFP del RAIS, y en algunos casos por Colpensiones, quienes son las garantes de la veracidad de dicha información reportada.

Que una vez consultado el SIAFP de acuerdo con la información reportada por parte de las AFP del RAIS, y en algunos casos por Colpensiones, encontramos, la señora MARTHA PATRICIA MANRIQUE SOACHA identificada con cédula de ciudadanía No. 39.618.208, figura como afiliada a la Administradora de Fondo de Pensiones PORVENIR, desde el treinta y uno (31) de marzo de dos mil uno (2001). Y presenta los siguientes registros en este régimen:

Tipo de vinculación	AFP destino	AFP origen
Traslado régimen	Porvenir	Colpensiones
Traslado fondo	Horizonte	Porvenir
Traslado fondo	Porvenir	Horizonte

Vale mencionar que Colpensiones maneja una base de datos propia, autónoma e independiente del SIAFP, en la cual ni esta agremiación ni ninguna AFP del RAIS tiene injerencia alguna, por lo que en caso de haber algún tipo de inconsistencia en la información que Colpensiones posea, le sugerimos dirigirse directamente a dicha entidad y gestionar lo pertinente.

La información consignada en este documento está sujeta a verificación y puede sufrir posibles modificaciones por parte de las administradoras de pensiones y Colpensiones de acuerdo con los cambios o actualizaciones realizados en la base de datos.

Por otro lado, es preciso señalar que Asofondos no ha sido contratada ni autorizada por las AFP y Colpensiones para ser un receptor, procesador, actualizador de sus bases de información, y mucho menos para suministrarlas al público o a sus propios afiliados

Adicional a lo anterior, es preciso aclarar que el registro o base de datos del SIAFP, es propia de las administradoras y de Colpensiones y que la misma sólo es utilizada por ellas para sus procesos internos de verificación de afiliaciones al Sistema, y para la depuración y corrección de posibles estados inexactos de afiliación o de múltiples vinculaciones, más no un canal de información al público, como lo es el RUAF, a quien las AFP y Colpensiones reportan depurada la información sobre dichas afiliaciones. Por lo cual es evidente que Asofondos no tiene injerencia alguna en la expedición de certificaciones de afiliación o vinculación donde se evidencie la fecha de dichas vinculaciones o traslados dentro Sistema General de Pensiones, pues es solo de competencia de las administradoras correspondientes, por lo cual en caso de requerirlas le sugerimos que estas sean solicitadas directamente ante las administradoras involucradas, ya que son ellas las garantes de la información reportada en Asofondos.

Este documento tiene carácter informativo, y en ningún caso debe entenderse que obliga en aspecto alguno las actividades de las AFP, o de otras entidades del SGP. ***Por lo cual, cualquier solicitud de certificado de afiliación o definición de fondo***

de acuerdo a su petición, debe ser solicitado directamente ante la administradoras.

De antemano agradecemos la confianza depositada en esta Agremiación y esperamos haber podido atender su petición, del mismo modo quedamos atentos a cualquier inquietud adicional. (Negrilla y subrayado texto original).

Conforme a lo anterior, queda claro que la certificación expedida por Asofondos es meramente informativa, por lo que el contenido de la misma no es suficiente requiriéndose de soportes que lo corroboren o complemente; ello teniendo en cuenta que tanto los fondos privados como Colpensiones manejan su propia base de datos, bajo ese escenario no puede considerarse en este caso en particular que la demandante estuvo afiliada inicialmente al RPM, por el solo hecho de que Asofondos certificó que existió un traslado de régimen de Colpensiones a Porvenir, pues debe constar otros elementos de juicio que así lo demuestre, de lo cual se carece, pues al revisarse el expediente administrativo, allí reposa la historia laboral de la demandante expedida por Colpensiones en donde consta lo siguiente:

COLPENSIONES Nit 900.336.004-7
REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES
PERIODO DE INFORME: Enero 1967 agosto/2022
ACTUALIZADO A: 01 agosto 2022

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento:	**Cédula de Ciudadanía**	Fecha de Nacimiento:	**26/05/1968**
Número de Documento:	**39618208**	Fecha Afiliación:	**27/05/1996**
Nombre:	**MARTHA PATRICIA MANRIQUE SOACHA**	Correo Electrónico:	
Dirección:		Ubicación:	
Estado Afiliación:	**Trasladado**		

RESUMEN DE SEMANAS COTIZADAS POR EMPLEADOR

En el siguiente reporte encontrará el total de semanas cotizadas a través de cada uno de sus empleadores o de sus propias cotizaciones como trabajador independiente, es decir, las que han sido cotizadas desde enero de 1967 a la fecha. Recuerde que la Historia Laboral representa su vida como trabajador, la que usted ha construido mes a mes y año a año.

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
832000992	ALCALDIA MUNICIPAL D	01/01/1998	31/01/1998	$0	0,00	0,00	0,00	0,00

[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS:	0,00
[11] SEMANAS COTIZADAS CON TARIFA DE ALTO RIESGO(INCLUIDAS EN EL CAMPO 10 " "TOTAL SEMANAS COTIZADAS"):	0,00

ACTUALIZADO A: 01 agosto 2022

C 39618208 MARTHA PATRICIA MANRIQUE SOACHA

DETALLE DE PAGOS EFECTUADOS ANTERIORES A 1995

Este reporte contiene el detalle de las semanas cotizadas hasta el 31 de diciembre de 1994.

[27] Identificación Empleador	[28]Nombre o Razón Social	[29]Ciclo Desde	[30]Ciclo Hasta	[31] Asignación Básica Mensual	[32] Días Rep.	[33] Observación
NO REGISTRA INFORMACIÓN						

DETALLE DE PAGOS EFECTUADOS A PARTIR DE 1995

En el siguiente reporte encontrará el detalle de las semanas cotizadas a partir de enero de 1995 en adelante.

[34] Identificación Aportante	[35] Nombre o Razón Social	[36] RA	[37] Período	[38]Fecha De Pago	[39] Referencia de Pago	[40]IBC Reportado	[41]Cotización Pagada	[42]Cotización Mora Sin Intereses	[43] Nov.	[44] Días Rep.	[45] Días Cot.	[46]Observación
832000992	ALCALDIA MUNICIPAL DE GRANADA	SI	199801	28/01/2016	941606102NJSAC	$ 371.093	$ 0	$ 0		0	0	*** Aporte Devuelto ***
832000992	ALCALDIA MUNICIPAL DE GRANADA	SI	199801	10/02/1998	11313201005177	$ 371.093	$ 99.400	$ 99.400		21	0	No Vinculado Trasladado RAI

DETALLE DE PERIODOS REPORTADOS POR ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO QUE NO COTIZARON AL ISS HOY COLPENSIONES

En el siguiente resumen encontrará el detalle por días, de los ciclos laborados en entidades del sector público que no cotizaron al ISS hoy Colpensiones.

[47] Identificación Empleador	[48] Nombre o Razón Social	[49] RA	[50]Ciclo	[51] Fecha de Pago	[52] Referencia de Pago	[53]Asignación Básica Mensual	[54]Cotización Pagada	[55]Cotización Mora Sin Intereses	[56] Nov.	[57] Días Rep.	[58] Días Cot.	[59]Observación

Del anterior reporte, si bien se aprecia que aparece una cotización realizada para el ciclo de enero de 1998, por parte de la Alcaldía Municipal de Granada, téngase en cuenta que para dicha data la actora ya se encontraba afiliada en el RAIS, pues según el formulario de afiliación el mismo se suscribió el 8 de agosto de 1996, con Porvenir S.A., siendo ese el motivo por el cual se encuentra con la observación: «*aporte devuelto», «no vinculado trasladado RAI»*.

Adicionalmente, existen otros medios de prueba que corroboran que en efecto la demandante no estuvo afiliada al RPM, por un lado, como bien se mencionó previamente se aportó el formulario de afiliación a Porvenir S.A. del 8 de agosto de 1996, en el que aparece tachado en la casilla vinculación inicial, por otra parte, se encuentra la historia laboral expedida por Porvenir en la que aparece con cotizaciones pensionales a partir de octubre de 1996 y el certificado de bono pensional expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en la que se señala que la Nación no participó en el bono pensional con la observación «*el beneficiario no tiene historia laboral válida para bono*». (archivo 08, carpeta 1 instancia, exp. Digital).

Ahora bien, respecto a la respuesta que dio Colpensiones, dicha entidad aclaró que si bien de la historia laboral de la actora se evidenciaba con una fecha de afiliación 27/05/1996; sin embargo, no se registraban cotizaciones para ese periodo, de otro lado, expuso que en cuanto a la afiliación por parte del empleador Alcaldía Municipal de

Granada para el periodo de enero de 1998, el mismo había sido devuelto al encontrarse afiliada al RAIS (f° 33, archivo 05, carpeta 1 instancia, exp. Digital).

En ese orden de ideas, se reitera que en el caso bajo examen no existe suficientes medios probatorios que acrediten que en realidad la señora Martha Patricia Manrique Soacha estuvo afiliada y efectuó cotizaciones en el RPM, a fin de poderse determinar que ciertamente existió un traslado de régimen pensional en donde se omitió el deber de información bajo los criterios señalados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, debe tenerse en cuenta que si bien en los casos de ineficacia de traslado la carga de la prueba recae exclusivamente en los fondos privados, esto lo es en lo referente al deber de información, siendo entonces obligación de la parte actora acreditar por lo menos que sí estuvo afiliada al RPM y que se dio el efecto jurídico de traslado, ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 167 del CGP.

Así las cosas, no cabe duda que lo que surgió en el presente asunto fue una vinculación inicial o por primera vez al sistema general de pensiones, de manera que no es dable retrotraer la situación de la afiliada al estado en que se hallaba antes de que hiciera aquella elección primigenia, comoquiera que **no existe una situación jurídica anterior que modificar**, ya que no existía afiliación al subsistema pensional del RPM, puesto que fue el **8 de agosto de 1996**, cuando lo hizo por primera vez escogiendo el régimen de ahorro individual, lo que se nota es que de manera equivocaba quedó una afiliación en el año 1996, en el RPM, pero esa nunca fue la intención, ya que nunca se realizaron aportes ante dicho régimen pensional y por el contrario, todos los aportes se hicieron exclusivamente ante el RAIS, de tal suerte que, si bien a la AFP Porvenir le era exigible el cumplimiento del deber de información, previo a la afiliación de la demandante, lo cierto es que no resulta atendible la declaratoria de ineficacia de dicho acto jurídico; por lo tanto, lo que podría invalidarse o declarar ineficaz es el traslado, más no la elección que por primera vez se hace al referido sistema. Así se dijo por la Sala de Casación laboral de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1806-2022, en la que sostuvo:

> *[…] la jurisprudencia ha establecido que lo que puede invalidarse es el acto de traslado entre regímenes**, no la selección inicial**, **y menos cuando no existe acto previo de afiliación al sistema pensional**. De esa forma, no puede aceptarse que la violación del deber de informar afecta directamente la validez del acto jurídico de vinculación al sistema, pues no existe, antes de ese acto ninguna expectativa, aún simple, de consolidar un derecho.* (Subrayado y negrillas por fuera del texto original

En la misma providencia, al referirse a la imposibilidad de retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, antes de llevarse a cabo la afiliación inicial al régimen de pensiones, manifestó:

La Sala encuentra acertada la posición del ad quem de negar la ineficacia de la afiliación, pretendida por la señora Ulloa Ulloa, pues ello conllevaría un intento de retrotraer la situación de la afiliada al estado en que se hallaba antes de que hiciera una selección inicial de régimen, cuando, previo a ello, no existía una situación jurídica que modificar, es decir, no hay un acto para invalidar, pues no existe estado previo de registro ante ninguna administradora, porque no había afiliación o vinculación al Sistema General de Pensiones. (Negrillas y subrayado fuera del texto original).

Así las cosas, ***si la demandante nunca formó parte del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como está acreditado y no se discute, eliminar la afiliación al RAIS no puede generar el efecto anhelado por la censura, pues no existe ningún vínculo jurídico previo con administradora pensional alguna, ni siquiera anterior a la existencia del sistema pensional vigente, para obligarla a recibirla como afiliada, así como a recibir sus cotizaciones hechas ante Protección y Porvenir ni reconocer, eventualmente, las prestaciones propias del sistema*** *(CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019).* (Negrillas y subrayado fuera del texto original).

Conviene precisar que, si lo pretendido era trasladarse del Régimen de Ahorro Individual al de Prima Media con Prestación Definida por resultarle más favorable, debió hacerlo en la oportunidad que brinda el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 2 la Ley 797 de 2003, es decir, antes del 21 de marzo de 2009, tal y como lo señaló el ad quem.

En tal sentido, se confirmará la decisión de primera instancia, pues lo que se pretende en este caso es dejar sin efectos la afiliación inicial al sistema general de pensiones que se hizo a través del régimen de ahorro individual, lo cual no resulta viable como bien se ha explicado, ello teniendo en cuenta que no existe una situación jurídica anterior que se pueda modificar, esto es, no hay acto jurídico previo con Colpensiones que se pueda restablecer.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1, 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:

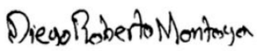
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
032 2022 00229 01

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandante, en la suma de $650.000.



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	**11001310500920210060601**
CLASE DE PROCESO	**ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE	**NÉSTOR ALONSO OTÁLORA CIFUENTES**
DEMANDADO	- **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** - **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los Treinta (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), 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, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **Néstor Alonso Otálora Cifuentes** se declare que Porvenir S.A. no le suministró información cierta, clara, oportuna, suficiente y transparente al momento de firmar el formulario de vinculación, por medio del cual se efectuó el traslado de régimen pensional; por lo tanto, se tenga por ineficaz el traslado efectuado el día 1 de julio de 2002. En consecuencia, se condene a la AFP Porvenir a realizar la devolución a Colpensiones de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros, gastos de póliza por invalidez y muerte, y devolución de los gastos de administración que han sido descontados, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que estuvo afiliado a dicho fondo, a que Colpensiones reciba los aportes, rendimientos y demás emolumentos, a lo que resulte probado ultra y extra petita, a la indexación de las sumas reconocidas, al pago de costas y agencias en derecho (f° 19 y 20, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital)

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 21, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 21 de abril de 1967; que se afilió al ISS el 6 de septiembre de 1994; que se encuentra vinculado como médico desde el 1 de abril de 2015, en la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional.

Relató que, firmó formulario de traslado con la AFP Porvenir S.A. el 28 de mayo de 2002; que al momento de tal suceso, el asesor comercial no le suministró información clara, cierta, suficiente y oportuna en cuanto a las características del RAIS y del RPM; que tan solo le informó que se podía pensionar a la edad que quisiera, omitiéndole información de las condiciones de cómo podía lograrlo, no le suministró un cálculo actuarial que le permitiera establecer las diferencias en el valor de la mesada entre ambos regímenes, entre otra información necesaria que debió brindarle.

Por último, refirió que durante su periodo de vinculación al RAIS no ha recibido asesoría por el personal capacitado; que al consultar con un abogado le dijeron que al faltarle menos de 10 años para pensionarse era imposible que pudiera retornar a Colpensiones a no ser que recurriera a la jurisdicción Ordinaria Laboral.

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 fecha de nacimiento del actor y la afiliación al ISS; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones de fondo, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error del derecho no vicia del consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la CN), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A**., contestó (archivo 10 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, la fecha de traslado al RAIS y su vinculación actual a ese fondo. Propuso como excepciones de fondo, prescripción, prescripción de la

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

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 18 de agosto de 2023 (archivo 20 carpeta 1ª inst, exp. Digital), resolvió:

> ***PRIMERO. DECLARAR*** *la ineficacia del traslado que realizó el demandante, Néstor Alonso Otálora Cifuentes, entre el RPM administrado por el Instituto de Seguros Sociales – hoy Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, al RAIS administrado por Horizonte hoy Porvenir S.A., el 28 de mayo de 2002.*
>
> ***SEGUNDO. CONDENAR*** *a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones las cotizaciones recibidas en su integridad, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales si los hubiere, así como gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en los seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados al momento de cumplirse la orden, sin que haya lugar a descontar valor alguno de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.*
>
> ***TERCERO. CONDENAR*** *a Colpensiones a recibir de Porvenir S.A., todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral del demandante las correspondientes semanas.*
>
> ***CUARTO. DECLARAR*** *no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.*

Para **fundamentar su decisión**, el Juzgado señaló que la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral había explicado que el deber de información a cargo de las AFP, es un deber exigible desde su creación, que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado cada vez con mayor exigencia y ha identificado tres periodos conforme a las normas que han regulado el tema, así: ***i)*** el de 1993 hasta el 2009, ***ii)*** del 2009 al 2014, y ***iii)*** el último del 2014, en adelante.

Enfatizó que, en sentencia CSJ SL2209-2021, la Corte señaló que no existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que pueda tener respecto de sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con la simple expresión genérica, de allí que desde el inicio correspondiera a las AFP informar clara y suficientemente los efectos que acarreaba el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese traslado, citó las sentencias CSJ SL4426 de 2019, relacionada con la carga de la prueba, CSJ SL1688 de 2019, que hace referencia a la devolución de gastos de administración, seguros previsionales y fondo de garantía de pensión mínima.

Seguidamente, hizo relación al caso concreto, señalando que el actor se trasladó al RAIS a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. el 28 de mayo del año 2002; que en el formulario de vinculación ante dicha entidad se había constatado que la suscripción del mismo se había hecho libre y espontánea, y sin presiones; sin embargo, no se había acreditado por dicho fondo que le hubiera brindado al afiliado una información suficiente sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como las consecuencias jurídicas del traslado; que de acuerdo con los razonamientos expuestos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral se había impedido que el usuario contara con elementos de juicio suficientes para determinar según sus intereses qué le resultaba más beneficioso en su caso y, de ese modo, expresar su voluntad de manera informada, carga probatoria que se encontraba en cabeza del fondo privado, por lo que al no quedar demostrada conllevaba a que tuviera que declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR** sustentó su recurso indicando que había cumplido con lo dispuesto en el artículo 167 del CGP, esto es, con la carga de la prueba, debiéndose tener en cuenta que para la fecha en que se efectuó el traslado, el único requisito que se requería para los fondos de pensiones era el formulario de vinculación; y por ende, no era viable que se le impusiera allegar un documento adicional, sumado a que el actor decidió de manera libre y voluntaria suscribirlo, donde ha permanecido por más de 10 años, lo cual corrobora su voluntad de querer permanecer al régimen privado, además de que no había manifestado ningún tipo de inconformidad.

De otro lado, en cuanto al traslado de los gastos de administración, seguros previsionales, entre otros, que fueron ordenados de manera indexada, sostuvo que resulta improcedente, ya que de conformidad con el artículo 7 del Decreto 3995 del año 2008, allí refiere que en los asuntos en los que se efectúa un traslado, los únicos conceptos que deben ser girados son los correspondientes a aportes, rendimientos y los porcentajes destinados al fondo de garantía de la pensión mínima; pero en ningún momento hacía alusión a que se debía trasladar los aportes que fueron descontados durante el periodo de afiliación de la persona, debiéndose tener en cuenta que Colpensiones también se encontraba facultado para descontar un porcentaje relativo a gastos de administración, cosa diferente era que tuviera una destinación diferente, ya que esa rentabilidad que se generaba en el régimen de prima media iba a un fondo común, precisamente para financiar las prestaciones económicas de los afiliados.

Acotó que, también debía tenerse presente que el artículo 8 de la Ley 100 de 1993, obligaba al fondo a adquirir una póliza de aseguramiento, por ende, los recursos del esquema de aseguramiento contaban con una destinación legal y específica, por lo cual, sería materialmente imposible trasladar esos recursos, ya que los mismos habían sido destinados y girados a la aseguradora correspondiente.

Respecto a la indexación, refirió que, si bien la misma pretendía evitar la pérdida adquisitiva de la moneda, debía considerarse la rentabilidad que se había generado durante todo el periodo de afiliación del demandante, lo cual compensaba dicho rubro, de manera que de confirmarse dicha orden se estaría generando un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones. Igualmente, señaló que los gastos de administración y seguros previsionales, debido a que no financiaban la pensión y no tampoco hacían parte de la cuenta individual del afiliado, se encontraban afectados por el fenómeno prescriptivo.

Finalmente, indicó que teniendo en cuenta que ha actuado de buena fe durante todo el periodo de vinculación y cuentan con ánimo conciliatorio, se debe desestimar la condena en lo relativo a las costas.

COLPENSIONES también interpuso recurso de apelación, argumentando que la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la ineficacia del traslado no puede predicarse respecto de todos los casos de manera automática, sino que también depende de las falencias en la información e inexistencia del consentimiento informado hubieren producido un perjuicio claro, cierto y específicamente determinado para el afiliado en el momento en el que se produjo el traslado, de suerte que los afiliados no deberían estar autorizados para demandar la ineficacia del traslado simplemente porque pasado el tiempo su plan de pensión no resultó acorde con sus aspiraciones.

Recalcó que, analizadas las circunstancias del caso en concreto se había demostrado que el traslado de régimen que se presentó en mayo de 2002, el cual surgió con respeto a los principios fundamentales de la autonomía, la voluntad y la libre escogencia de régimen, toda vez que de lo plasmado en la demanda y en las respuestas dadas por el señor Néstor Alonso Otálora en interrogatorio de parte, era posible llegar a la conclusión de que el ISS nunca le sugirió cambiarse de régimen; que Porvenir le había brindado una asesoría directa a través de sus funcionarios previo a la realización del traslado y que fue tan claro el suministro de la información que el señor Alonso no había requerido mayor información.

Resaltó que, con el cambio que había hecho el señor Néstor en el año 2002 a Porvenir se ratificaba su intención de afiliación y continuación en el RAIS, por lo que debía entenderse que no existió falencias en la información, ni mucho menos falta de consentimiento informado, sino que lo que se presentaba era inconformidad del demandante porque su plan de pensión no había resultado acorde con sus aspiraciones, a pesar que desde hace 21 años ha estado afiliado al régimen de ahorro individual con los requisitos y condiciones claras en las que surgiría su derecho pensional, por lo cual debía entenderse su voluntad de permanecer en el régimen de ahorro individual.

Añadió que, el actor no es beneficiario del régimen de transición, por lo que la norma era clara en indicar que el afiliado no puede trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez y el señor Néstor tenía 54 años de edad para la fecha en que solicitó por primera vez el traslado; en cuanto a la carga de la prueba no debía exigirse pruebas inexistentes para la época de los hechos, dado que la normatividad para el año 2002, solo exigía que suministrara información, sin necesidad de dejar constancia de ello, ya que se brindaba de manera verbal y con la firma del formulario se entendía el consentimiento informado otorgado al afiliado.

Solicitó también que no se le impusiera el pago de costas procesales, dado que ha actuado de buena fe, siendo tan solo un tercero invitado al pleito, pidió igualmente que en caso de que se llegara a confirmar la decisión se mantuviera la condena impuesta a la AFP Porvenir, en el entendido de que esta debe reintegrar la totalidad de la cotización que recibió, esto es, los recursos de la cuenta de ahorro individual, cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, bonos pensionales, cuotas de seguros previsionales y cuotas de administración, y se adicione la sentencia en el sentido de que la condena impuesta sea de una obligación de hacer previo al cumplimiento del traslado de los recursos impuestos a Porvenir S.A.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver los recursos de apelación presentados 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, i) si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Porvenir S.A. es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por el promotor del litigio en el RAIS, junto con los gastos de administración y demás deducciones; y ***ii)*** si hay alugar a la condena en costas en primera instancia.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que el señor Néstor Alonso Otálora Cifuentes nació el 21 de abril de 1967; ***ii)*** que se afilió al ISS donde aportó desde el 06/09/1994, hasta el 31/07/2000, un total de 150,29 semanas; ***iii)*** que el **28 de mayo de 2002**, en se trasladó al RAIS a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., cuando suscribió el formulario de afiliación, en donde permanece afiliado en la actualidad; lo anterior, tal y como se desprende de la carpeta 07 y los archivos 01, 08 y 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.° del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»,* haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en

su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «*poder tomar decisiones informadas»*.

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**28 de mayo de 2002**-, 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 suscrito el **28 de mayo de 2002**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

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

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

Ahora bien, la teoría de la afiliación tacita o de los actos de relacionamiento que implican ratificación del afiliado de permanecer en el RAIS y del cual se hizo relación en la sentencia de la Sala 4ª Laboral de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia, **no es admisible** porque va en contravía de la jurisprudencia emitida por la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia, que tiene determinado que la validez del traslado de régimen pensional se examina al momento del traslado del RPM al RAIS, por ende, debe evaluarse qué información le fue entregada al potencial afiliado para tomar esa decisión, justo en ese preciso momento o previo a este. Sobre las decisiones tomadas por esa Sala de Descongestión, en sentencia CSJ SL1055-2022, se indicó:

> *Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.*
>
> *Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión.* ***En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad****.* (Negrillas fuera del texto original).
>
> ***De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que,***

> ***conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial***. (Negrillas fuera del texto original).
>
> *Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.*
>
> *Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.*

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 y Porvenir al señalar que 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.

Frente al reparo formulado por Colpensiones y Porvenir según el cual para la fecha en que el demandante llevó a cabo el traslado al RAIS no le era exigible a la AFPS suministrar la información con el detalle que se requiere, la 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*».

Y es que no puede perderse de vista que, el traslado de régimen reviste un aspecto fundamental y trascendental en la vida laboral de cualquier afiliado, por cuanto

está de por medio el acceso a un derecho fundamental, como es el de la pensión de vejez, de tal suerte que lo mínimo que podría esperarse por parte de los fondos de pensiones, es que de esa importante decisión existan los registros documentales, fílmicos o de cualquier otra naturaleza probatoria que permitan corroborar que dio a conocer al futuro afiliado todos los pormenores, consecuencias e implicaciones que ese cambio de régimen significaba, así como las características de uno y otro régimen pensional.

De otro lado, del interrogatorio de parte rendido por la actor, advierte la Sala que de este no se desprende confesión alguna en los términos del artículo 191 del CGP, que permita acreditar que Porvenir S.A. haya dado cumplimiento al deber de información y tampoco se avizoran la supuestas contradicciones que lleven a cuestionar la veracidad de su declaración, pues el demandante se limitó a manifestar que para el año 2002, cuando fue contratado por parte de Cruz Blanca como médico general, se presentaron dos asesores de Horizonte, quienes le brindaron una charla muy rápida y prácticamente lo que hicieron fue darle las instrucciones de como diligenciar el formulario, que dicha reunión duró aproximadamente de 3 a 5 minutos; que lo único que le manifestaron era que en el RAIS tendría una buena rentabilidad, pero no le dijeron de cómo se generaría, aseguro que para poder ingresar a laborar debía inscribirse a un fondo de pensiones para efectuar dichos aportes, pero que en ese momento solo se encontraba presente Horizonte; que no se trasladó de fondo durante el término establecido por la Ley, porque no manejaba con claridad la diferencia entre un régimen pensional y otro.

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; 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 cambió 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). Al respecto, se observa que el Juzgador dio la orden de reembolso en los términos previamente establecidos, entendiéndose que una vez los fondos privados trasladen los emolumentos enunciados a Colpensiones, dicha entidad deberá dar trámite a las obligaciones objeto de condenada, por lo que se confirmará integralmente su decisión.

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; 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 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 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).

DEL COMUNICADO DE PRENSA DE LA SENTENCIA SU-107 DE 2024.

El pasado 9 de abril de 2024, la Corte Constitucional emitió un comunicado de prensa sobre la aludida sentencia que tiene como propósito modular el precedente de la Corte Suprema de Justicia en materia probatoria en procesos ordinarios donde se discute la ineficacia del traslado de afiliados entre los dos regímenes pensionales por problemas de información ocurridos entre 1993 y 2009; no obstante, como a la fecha, la providencia en sí no ha sido publicitada y dada a conocer al público, la Sala considera que dicho comunicado no tiene fuerza vinculante, tal como la misma Corte Constitucional lo explicó en Auto 201 del 2013, así:

> *7. Al respecto, esta Sala Especial recuerda que el alcance de los comunicados de prensa es meramente informativo, que no son sentencias y, en esa medida, al no responder a las características propias de las providencias judiciales, no se les confiere fuerza vinculante de ninguna índole. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que:*
>
> > *"el Reglamento Interno de la Corte Constitucional, en el literal c) de su artículo 9º, establece como función del Presidente de la Corporación la de "servir a la Corte de órgano de comunicación", de modo que "sólo él podrá informar oficialmente de los asuntos decididos en Sala Plena" y, precisamente, en ejercicio de esta función, el presidente expide y firma los comunicados de prensa, cuyo carácter es meramente informativo, según lo ha puesto de presente la Corporación al señalar que "son un medio expedito para dar a conocer a los ciudadanos las sentencias que profiere la Corte, pero no reemplazan la decisión misma".*
>
> *8. En esa medida, la Corte ha reconocido la posibilidad de que se presenten variaciones entre el comunicado de prensa y la sentencia "documentada y firmada". Así, atendiendo a las discrepancias que pueden surgir entre uno y otro, de una parte, y a la naturaleza y alcance que diferencian los comunicados*

> *de prensa de las providencias judiciales, de la otra, la Corte Constitucional sostuvo que no se le puede otorgar al comunicado "capacidad para afectar la providencia cuya adopción se limita a anunciar", pues "se le conferiría una fuerza vinculante que, fuera de no corresponderle, enervaría la sentencia misma y la vaciaría de su contenido y de su valor".*
>
> *9. Bajo el mismo argumento, esta Sala Especial considera que no se le debe otorgar al comunicado de prensa de una determinada sentencia la capacidad para afectar otra providencia que ya se adoptó y que está en firme (…)* (Subrayado del texto original).

PRESCRIPCIÓN

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

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

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA

En cuanto a la condena en costas a cargo de Porvenir y Colpensiones en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas a la parte vencida en el proceso, luego al resultar vencidas en juicio en tanto, una tiene que trasladar los aportes efectuados por el actor en el RAIS y demás emolumentos ordenaros y la otra, tiene que recibir los mismos y actualizar la historia laboral del demandante, además de presentar oposición a las pretensiones de la demanda, deben ser condenadas en costas.

En consecuencia, se confirmará la decisión en este punto también.

COSTAS

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

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

RESUELVE:

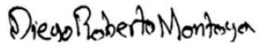
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

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

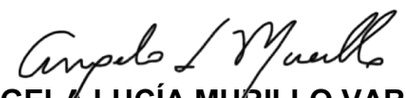
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir, la suma de $1.300.000 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	**11001310502220210017501**
CLASE DE PROCESO	**ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE	**BANCO DE LA REPÚBLICA**
DEMANDADO	**ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), 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 BANCO DE LA REPÚBLICA**,** se declare que la pensión que disfruta la señora Elsa Elvira Cárdenas de Álvarez es de carácter compartida entre el banco y Colpensiones; que canceló el 100% de la mesada pensional de la señora Elsa Cárdenas, correspondiente al periodo comprendido entre el 5 de septiembre de 2009 y el 30 de julio de 2018, más el 100% de los ajustes en salud. En consecuencia, se condene a Colpensiones a cancelarle los ajustes a salud del periodo comprendido entre el 5 de septiembre de 2009 y el 30 de julio de 2018, a cancelarle la suma de $32.761.304, por concepto del ajuste a salud y de la suma dejada de pagar del retroactivo reconocido por la demandada, con sus correspondientes intereses corrientes y de mora hasta la fecha de su pago, a lo que resulte probado ultra y extra petita, y al pago de costas y agencias en derecho (f° 4 a 5, archivo 001, carpeta 1ª inst, exp. Digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 5 a 8, archivo 001, carpeta 1ª inst, exp. Digital), señaló que con el fin de compartir la pensión extralegal con la que reconoce Colpensiones a sus afiliados, el Banco de la República continúa cotizando por el pensionado afiliado a dicha administradora, hasta que complete los requisitos exigidos para otorgarle una pensión de vejez de conformidad con sus reglamentos y lo dispuesto por la Ley 100 de 1993; que una vez se cumplen con los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez, el Banco deja de cotizar por concepto de vejez, pero continúa efectuando los aportes a salud a cargo del pensionado, sobre la totalidad de la pensión hasta la fecha en que el afiliado es incluido en nómina de pensionados de Colpensiones.

Narró que, en el caso de la señora Elsa Cárdenas de Álvarez el Banco de la República le había efectuado los aportes en salud por el valor total de la pensión durante el período cubierto por el retroactivo reconocido por Colpensiones al Banco, correspondiente al 5 de septiembre de 2009, al 30 de julio de 2018, lo anterior, por cuanto no era posible determinar previamente al reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones, cuál era el mayor valor que le correspondía al Banco pagar y sobre el cual debía realizar dichos aportes.

Arguyó que, entre el Banco de la República y Colpensiones se suscribieron convenios interadministrativos a través de los cuales se definió la manera en que se realizaría el pago de las pensiones de carácter compartido de los pensionados; que de conformidad con dicho convenio, la totalidad de la mesada pensional sería girada al pensionado a través del Banco, quien recibiría por parte de Colpensiones lo correspondiente a las mesadas a su cargo; que el último convenio suscrito entre las partes finalizó el 31 de diciembre de 2019, lo cual significaba que a partir del 1 de enero de 2020, cada entidad debía asumir de manera independiente y directa el pago del porcentaje de la pensión que conforme a las reglas de compartibilidad les correspondía.

Relató que, el señor Jorge Raúl Álvarez Penagos había cumplido los 60 años de edad el 29 de febrero de 1992; que el Banco de la República reconoció la pensión de jubilación de carácter compartida al señor Álvarez Penagos desde el 30 de julio de 1993; que en ocasión a su fallecimiento el 4 de septiembre de 2009, el Banco de la República le reconoció sustitución pensional a la señora Elsa Cárdenas de Álvarez, por el 100% de la mesada, desde septiembre de 2009, hasta julio de 2008.

Afirmó que, el 4 de septiembre de 2009, el Banco de la República, bajo radicación No. 93982 del 17 de marzo de 2010, solicitó ante el ISS el reconocimiento

de la sustitución pensional compartida de la señora Elsa Cárdenas de Álvarez; que mediante resolución GNR 227902 del 4 de noviembre de 2013, Colpensiones reconoció y ordenó el pago de la pensión de sobrevivientes a partir del 4 de septiembre de 2009, en cuantía de $3.675.150, para el 2013; que mediante resolución SUB 248371 del 19 de septiembre de 2018, Colpensiones resolvió el recurso de reposición interpuesto y modificó la resolución SUB 193881 del 23 de julio de 2018, ordenando el pago del retroactivo al Banco de la República por la suma de $178.219.342, por el periodo comprendido entre el 09/08/2015, al 30/07/2018, decisión que fue confirmada a través de la resolución DIR 17676 del 2 de octubre de 2018.

Acotó que, mediante resolución SUB 183025 del 12 de julio de 2019, Colpensiones había ordenado pago único por retroactivo del periodo 05/09/2009, al 08/08/2015, por valor de $297.581.176 a favor del Banco de la República; precisó que, Colpensiones reconoció en las resoluciones mencionadas un retroactivo por concepto de mesadas pensionales al Banco de la República por el periodo comprendido entre el día siguiente a la fecha de fallecimiento el causante, eso es, del 5 de diciembre de 2009, hasta el 30 de julio de 2018.

Refirió que, en razón de lo anterior, envió una nueva reclamación con carta DSGH-CA-32091-2019 del 05/12/2019, solicitando el reconocimiento y pago de los ajustes en salud en cuantía de $32.761.295; que mediante resolución SUB 39698 del 12/02/2020, Colpensiones negó el pago, por considerar que en las resoluciones SUB 28381 del 19/09/2018 y SUB 183025 del 12/07/2019, no habían realizado los descuentos por concepto de aportes a salud; en consecuencia, no debía reconocerse ajuste alguno; que nuevamente presentó comunicación DSGH-CA-07229-2020 del 24/02/2020 con radicado 2020_2749414 del 27/02/2020, reiterando el cobro de ajustes en salud.

Indicó que, Colpensiones mediante las resoluciones SUB 66483 del 9 de marzo de 2020 y DPE 5470 del 7 de abril de 2020, resolvió los recursos interpuestos manteniéndose en la posición de negar el reconocimiento y pago de los ajustes a salud. Adujo que, desde el día siguiente al fallecimiento del causante, 5 de septiembre de 2009, hasta el 30 de julio de 2018, el retroactivo pensional asciende a $508.564.792; que de dicha suma Colpensiones le ha realizado dos pagos, uno por $178.219.341 y otro por valor de $297.581.156; que a pesar de dichos pagos persiste una diferencia a favor del Banco por valor de $32.761.295, por concepto de ajustes a salud.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó (archivo 005, carpeta 1ª inst, exp. Digital), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó que el Banco de la República continúa con el pensionado afiliado a dicha administradora hasta que complete los requisitos exigidos para otorgarle la pensión de vejez, que es cierto que cuando se cumple con los requisitos para la pensión de vejez el Banco deja de cotizar, pero continúa efectuando los aportes a salud hasta tanto sea incluido en nómina; que es cierto que entre las partes se han suscritos varios convenios interadministrativos; que el último convenio fue del 31 de diciembre de 2019, el reconocimiento pensional que obtuvo el causante Jorge Raúl Álvarez por parte del Banco y la sustitución pensional compartida a favor de la señora Elsa Elvira Cárdenas, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por parte de Colpensiones, asimismo reconoció los actos administrativos que ha proferido de acuerdo a lo indicado en la demanda; en relación a los demás hechos dijo no ser ciertos algunos de ellos y no constarle los restantes.

Propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia del 8 de agosto de 2022 (archivos 13 y 14, carpeta 1ª inst, exp. Digital), resolvió:

> ***PRIMERO: CONDENAR*** *a la demandada ADMINSITRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a pagar el valor que asciende a $32.761.301 concepto de ajustes en salud de las mesadas pensionales desde el 05 de septiembre del 2009, al 30 de julio del 2018, al demandante BANCO DE LA REPÚBLICA, suma ésta que deberá ser indexada al momento de su pago.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR NO*** *probadas las excepciones propuestas por la demandada.*
>
> ***TERCERO****:* ***CONDENAR EN COSTAS*** *a la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma un SMLMLV, tásense en su oportunidad.*

Para **fundamentar su decisión,** señaló que, el problema jurídico consistía en determinar si la sustitución pensional que devengaba la señora Elsa Elvira Cárdenas de Álvarez era de carácter compartida, de ser así, si Colpensiones adeudaba al Banco de la República, los valores por concepto de ajustes en salud que no fueron incluidos en la liquidación de los retroactivos pensionales reconocidos por la demandada.

Refirió que, en el presente caso se tenía por demostrado que la pensión de sobrevivientes que se le había reconocido a la señora Elsa Elvira Cárdenas de Álvarez era de carácter compartida de acuerdo a las pruebas allegadas al plenario, además de que había sido un hecho aceptado por la demandada en su escrito de contestación; que al ser revisadas las resoluciones expedidas por Colpensiones se tenía que una vez reconocida la prestación de sobrevivientes, dicha entidad había realizado el pago de la prestación directamente al Banco de la República, para que a la vez este último realizará el pago completo de la mesada a la beneficiaria, es decir, lo reconocido por Colpensiones, junto al mayor valor al cual le correspondía al Banco de la República.

Sostuvo que, dentro del interregno en que Colpensiones no reconoció y pagó la prestación de sobrevivientes, el Banco de la República había respondido a la beneficiaria pagando el 100% de la prestación, de ahí que el retroactivo pensional reconocido por Colpensiones desde el 5 de septiembre del año 2009, al 31 de julio del año 2018, había sido directamente pagado al Banco para compensar lo que este había reconocido a la beneficiaria de la prestación, de manera que Colpensiones no había realizado descuentos a salud del retroactivo pensional generado.

Resaltó que, de conformidad con el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, artículo 42 del Decreto 692 de 1994 y la sentencia CSJ SL2148-2017, los pensionados tienen derecho a un reajuste en su pensión igual al aumento del porcentaje de aporte en salud, con el propósito de que sus pensiones no sufran un deterioro económico por cuenta de los nuevos porcentajes con destino al Sistema de Salud ordenados por la Ley 100 de 1993.

Concluyó que, el pensionado fallecido tenía derecho a los ajustes en salud, al haberse causado la pensión de vejez con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que se debían reconocer los reajustes a la beneficiaria Elsa Elvira Cárdenas; por lo tanto, Colpensiones debía asumir ese porcentaje de acuerdo a la pensión de sobrevivientes que reconoció, e igualmente el Banco de la República debía reconocer el ajuste en salud en el mayor valor. Añadió que, los

ajustes debían pagarse por la entidad que reconoció la prestación de sobrevivientes, esto es, por Colpensiones, sin importar que no hubiera realizado los descuentos a salud del retroactivo.

Finalmente, negó el reconocimiento de intereses moratorios y en su lugar ordenó la indexación de las sumas adeudadas.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que dentro de las resoluciones y actos administrativos que ha proferido la entidad, se ha dejado ver que ha actuado diligentemente y bajo el principio de buena fe respecto de todas las normas que le preceden.

Arguyó que, en ese sentido, se tenía que bajo la resolución SUB 28381 de 2018, se había reconocido un retroactivo pensional a favor del Banco de la República, calculado entre el 9 de agosto de 2015, hasta el 31 de julio de 2018, por valor de $178.219.342, y posteriormente a través de resolución SUB 183025 de 2019, se había dado a reconocer un retroactivo pensional a favor del Banco de la República calculado entre el 5 de septiembre de 2009, hasta el 8 de agosto de 2015 por valor $297.581.176.

Precisó que, una vez efectuada la validación del expediente pensional del señor Raúl Álvarez, se podía concluir que efectivamente no se le había aplicado los descuentos en salud al mencionado retroactivo, teniendo en cuenta que el Banco de la República había pagado un 100% a favor de la beneficiaria Elvira Cárdenas de Álvarez, razón por lo cual no era posible reconocer los ajustes en salud, puesto que del retroactivo reconocido no se le aplican estos mismos descuentos. Por lo tanto, solicitó se absolviera a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por por 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, procede esta Sala de decisión a determinar si le asiste derecho a la parte demandante a que Colpensiones le reconozca los ajustes a salud que establece el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, de las mesadas pensionales causadas entre el 5 de septiembre del 2009, al 30 de julio del 2018, correspondientes a la pensión de sobrevivientes que actualmente viene percibiendo la señora Elsa Elvira Cárdenas de Álvarez, y si dicho valor debe ser indexado, igualmente se analizará si operó o no el fenómeno prescriptivo.

En el presente asunto, no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que el señor Jorge Raúl Álvarez fue jubilado por el Banco de la República, adquiriendo el derecho pensional a partir del 30 de julio de 1993; ***ii)*** que Colpensiones mediante resolución No. 4230 del 1 de enero de 1996, reconoció la pensión de vejez al señor Jorge Raúl Álvarez de carácter compartida a partir del 30 de julio de 1993; ***iii)*** que el señor Jorge Raúl Álvarez falleció el 4 de septiembre de 2009, por lo que Colpensiones mediante resolución GNR 227902 del 4 de septiembre de 2013, le reconoció la pensión de sobrevivientes a la señora Elsa Elvira Cárdenas de Álvarez en calidad de cónyuge en un 100%, en cuantía de $3.675.150 (f° 111 a 114, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital); ***iv)*** que la prestación fue suspendida por Colpensiones en el mes de marzo de 2014 (f° 182, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital); ***v)*** que mediante resolución SUB 193881 del 23 de julio de 2018, se reactivó la pensión que venía disfrutando la señora Elsa Elvira Cárdenas por parte de Colpensiones y se ordenó incluirla en nómina de pensionados a partir del mes de agosto de 2018, pagadero para el mes de septiembre de 2018, teniéndose como mesada pensional para esa data la suma de $4.564.252 (f° 181 a 187 archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital); ***vi)*** que frente a la anterior decisión el Banco accionante interpuso los recursos de reposición y apelación, solicitando el pago del retroactivo, resolviéndose el recurso de reposición mediante resolución SUB 248381 del 19 de septiembre de 2018, en la cual se modificó la resolución SUB 193881 del 23 de julio de 2018, y se reconoció el retroactivo de las mesadas pensionales correspondientes entre el 9 de agosto de 2015, hasta el 30 de julio de 2018, por valor de $178.219.342 (f° 161 a 167, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital); ***vii)*** que el recurso de apelación fue resuelto mediante resolución DIR 17676 del 2 de octubre de 2018, en la que se confirmó la resolución SUB 248381 del 19 de septiembre de 2018 (f° 67 a 74, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital).

viii) que mediante resolución SUB 183025 del 12 de julio de 2019, se reconoció retroactivo pensional a favor del Banco de la República por valor de $297.581.176, correspondiente a las mesadas del 5 de septiembre de 2009, al 8 de agosto de 2015 (f° 152 a 159, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital); ***ix)*** que mediante las resoluciones SUB 306801 del 8 de noviembre de 2019, DPE 5470 del 7 de abril de 2020 y SUB 664831 del 9 de marzo de 2020, se negó el reconocimiento al pago del reajuste pensional equivalente a la cotización para la salud (f° 116 a 133, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital).

Reajustes pensionales por incremento de aportes en salud

Establece el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, lo siguiente:

> ***ARTÍCULO 143. REAJUSTE PENSIONAL PARA LOS ACTUALES PENSIONADOS.*** *A quienes con anterioridad al 1o. de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez o muerte, tendrán derecho, a partir de dicha fecha, a un reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de la presente Ley.*
>
> *La cotización para salud establecida en el sistema general de salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de éstos, quienes podrán cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.*
>
> *El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud[4] podrá reducir el monto de la cotización de los pensionados en proporción al menor número de beneficiarios y para pensiones cuyo monto no exceda de tres (3) salarios mínimos legales.*
>
> ***PARÁGRAFO TRANSITORIO.*** *Sólo por el año de 1993, los gastos de salud de los actuales pensionados del ISS se atenderá con cargo al Seguro de IVM y hasta el monto de la cuota patronal.*

A su vez el artículo 42 del Decreto 692 de 1994, dispuso:

> ***Artículo 42. Reajuste pensional por incremento de aportes en salud.*** *A quienes con anterioridad al 1° de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez, o sobrevivientes, y a quienes sin haberles efectuado el reconocimiento tuvieran causada la correspondiente pensión con los requisitos formales completos, tendrán derecho a partir de dicha fecha a que con la mesada mensual se incluya un reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud prevista en la Ley 100 de 1993.*
>
> *En consecuencia, las entidades pagadoras de pensiones procederán a efectuar el reajuste previsto en este artículo por la diferencia entre la cotización que venían efectuando los pensionados y la nueva cotización del 8% que rige a partir de abril de 1993, o la que se determine cuando rija la cobertura familiar, sin exceder del 12%. En el caso del ISS, en donde ya existe la modalidad de medicina familiar para los pensionados, el reajuste se hará por la diferencia entre el 3.96% que venían aportando los pensionados, y el 12% de la cotización con cobertura familiar.*
>
> *Las entidades pagadoras deberán descontar la cotización para salud, y transferirlo a la EPS o entidad a la cual esté afiliado el pensionado en salud. Igualmente deberán girar un punto porcentual de la cotización al fondo de solidaridad y garantía en salud.*

***Parágrafo**. Lo previsto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de que el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, reduzca la cotización en salud de los pensionados en relación con el número de beneficiarios, caso en el cual el reajuste de la mesada se hará por la diferencia entre lo que se venía cotizando y el valor señalado por el Consejo.*

Frente a este particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL3431-2020, analizó el alcance de la obligación contemplada en las normas previamente mencionadas, señalando:

Por otra parte, frente a la interpretación de tales preceptos, la sentencia CSJ SL13273-2015 dijo:

> *Aparece claro de las disposiciones transcritas que el supuesto de hecho hace referencia a quienes se les hubiere reconocido la pensión de jubilación, de vejez o de muerte, con anterioridad al 1° de enero de 1994 y que el efecto jurídico se concreta en el derecho de éstos a que les sea reajustada la pensión, por quien se encuentra obligado a pagarla, de manera equivalente, esto es, correspondiendo a igual valor, al de la elevación o incremento de la cotización para salud como lo dice textualmente el artículo 143 referido.*
>
> *De igual manera se desprende de los textos reproducidos que su sentido es compensatorio en el propósito de obtener el equilibrio económico que se perdiera para los aludidos pensionados por el incremento de los aportes por salud; razón por la cual esta obligación de reajustar corresponde sólo a una vez.*
>
> *Nada de lo considerado y resuelto por el tribunal conduce a concluir que el alcance dado por éste a las normas en referencia es que estas consagran la obligación de un reajuste pensional permanente puesto que como bien lo dice la propia recurrente «el querer del legislador fue dejarlo transitorio».*
>
> *Por lo demás, este mismo cargo, denunciando la interpretación errónea del citado artículo, con similares argumentos respecto a análogas consideraciones del Tribunal, fue examinado en sentencia SL 676-2013, en el que se expresó:*
>
> *No arriba a buen suceso el cargo puesto que el sentido que el ad quem diera a la norma en cuestión no contradice lo expuesto en múltiples sentencias por esta sala de la Corte como se pronunciara en la de la radicación 30470 del 24 de julio de 2007:*
>
> *"Acierta el recurrente en cuanto a la interpretación que hace de los artículos 143 de la ley 100 de 1993 y 42 del decreto reglamentario 692 de 1994.*
>
> *Veamos el texto de dichos artículos:*
>
> *"Reajuste pensional para los actuales pensionados.*
>
> *[…]*
>
> *De lo anterior se desprende, sin mayor dificultad, que la norma de la ley 100 de 1993, solo establece un reajuste mensual en la pensión equivalente a la elevación en la cotización para la salud, y que dicho reajuste debe ser asumido por quien tiene a su cargo el pago de la pensión.*

Dicho criterio fue reiterado en la sentencia SL2148-2017, en la cual se expuso:

> *El Tribunal no incurrió en el error interpretativo que le endilga la censura cuando concluyó con arreglo a los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 del Decreto 692 de 1994, que la entidad demandada estaba obligada a reajustar las pensiones causadas con anterioridad al 1 de enero de 1994, en un porcentaje igual a la elevación de la cotización para el sistema de salud a cargo del pensionado.*
>
> *[…]*
>
> *A la luz de las reglas transcritas los pensionados tienen derecho a un reajuste en su pensión igual al aumento del porcentaje de aporte a salud, con el propósito de que sus pensiones no sufran un deterioro económico por cuenta de los nuevos porcentajes con destino al sistema de salud ordenados por la Ley 100 de 1993.*

A la luz de las reglas transcritas, así como del criterio establecido por esta Sala, son beneficiarios del derecho consagrado en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 aquellas personas a quienes se les hubiere reconocido la pensión de jubilación, de vejez o de muerte, con anterioridad al 1.° de enero de 1994; el mismo se traduce en un reajuste de la prestación, equivalente al incremento de la cotización para salud, como lo dice textualmente la primera de las normas antes señaladas; el responsable de su reconocimiento es la entidad obligada a pagar la pensión, que haya sido reconocida antes de la referida data; y su naturaleza es compensatoria, en la medida en que tiene por objeto mantener el poder adquisitivo de las pensiones que, como consecuencia del incremento del porcentaje de los aportes por salud, se vieron afectadas y, en ese sentido, se ha indicado igualmente que la obligación de reajustar opera por una sola vez.

De acuerdo a lo anterior, queda claro que el reajuste pensional por incremento de aportes en salud, tiene alcance compensatorio en relación aquellas personas a quienes se le venía reconociendo una pensión por vejez, jubilación o muerte antes del 1 de enero de 1994, con el fin de que se les mantuviera el poder adquisitivo de las pensiones que como consecuencia del incremento del porcentaje de los aportes por salud establecidos en la Ley 100 de 1993, se vieron afectadas, debiendo ser asumido por quien tiene a cargo el pago de la pensión y el cual opera por una sola vez.

Bajo tal escenario, se tiene que al señor Jorge Raúl Álvarez le fue reconocida pensión de jubilación por parte del Banco de la República a partir del 30 de julio de 1993, posteriormente Colpensiones mediante resolución No. 4230 del 1 de enero de 1996, le reconoció la pensión de vejez de carácter compartida a partir del 30 de julio de 1993, de manera que, no cabe duda que dicha prestación era merecedora del reajuste establecido en las normas previamente citadas.

Ahora bien, como se indicó precedentemente el señor Jorge Raúl Álvarez falleció el 4 de septiembre de 2009, por lo que Colpensiones mediante resolución GNR 227902 del 4 de septiembre de 2013, le reconoció la pensión de sobrevivientes a la señora Elsa Elvira Cárdenas de Álvarez; no obstante, dicha mesada le fue suspendida en el mes de marzo de 2014, y reactivada nuevamente mediante

resolución SUB 193881 del 23 de julio de 2018, seguidamente ante las reclamaciones realizadas por el Banco de la República, se le reconoció el valor del retroactivo adeudado a su favor por haber cubierto el 100% del valor de la mesada pensional a la beneficiaria desde el momento en que falleció el pensionado, en dos pagos, así: de las mesadas correspondientes entre el 9 de agosto de 2015, hasta el 30 de julio de 2018, por valor de $178.219.342 y de las mesadas del 5 de septiembre de 2009, al 8 de agosto de 2015, por valor de $297.581.176.

En relación al reajuste objeto de esta litis, Colpensiones mediante resolución 306801 del 8 de noviembre de 2019, lo negó bajo los siguientes argumentos (f° 138, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital):

> Con lo anterior resulta necesario señalar que tal y como manifiesta el BANCO DE LA REPUBLICA para el cálculo de la liquidación por concepto de retroactivo pensional girado a favor del empleador jubilante mediante Resolución SUB 183025 del 12 de Julio de 2019 correspondiente a la suma de $297.581.176, una vez efectuada la validación del expediente pensional del causante se puede concluir que efectivamente no se aplicaron descuentos en salud, al ya mencionado retroactivo; teniendo en cuanta que el BANCO DE LA REPUBLICA pago un 100% a favor de la beneficiaria **ELSA ELVIRA CARDENAS DE ÁLVAREZ,** razón por la cual no es posible reconocer ajustes en salud , puesto que al retroactivo reconocido no se le aplicaron descuentos en salud.
>
> Que así la cosa no es dable para esta administradora reconocer el pago de ajustes en salud solicitados por el BANCO DE LA REPUBLICA, de conformidad con las razones expuestas en el presente acto administrativo.

Tesis que fue reiterada en la resolución SUB 664831 del 9 marzo de 2020, en donde señaló (f° 116, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital):

> Que, de conformidad con lo expuesto, no es procedente acceder a la solicitud de pago de ajustes en salud solicitados, toda vez que las Resoluciones **SUB 28381 de 19 de septiembre de 2018** y **SUB 183025 de 12 de julio de 2019**, al reconocer y pagar el retroactivo pensiona, no realizaron descuentos en salud y como consecuencia confirmar **Resolución No. SUB 39698 del 12 de febrero de 2020.**
>
> Que de acuerdo a lo anterior y consultado el aplicativo de nómina de pensionados de esta administradora se logró establecer que desde el momento de la inclusión de nómina se vienen cancelando los ajustes de salud que por Ley le correspondían al causante al tener un estatus con anterioridad al 01 de enero de 1994.

Acorde con los fundamentos que tuvo Colpensiones para negar el ajuste pretendido, las mismas resultan ser contradictorias, pues por un lado reconoce que la prestación que venía devengando el señor Jorge Raúl Álvarez y que posteriormente pasó a la señora Elsa Elvira Cárdenas de Álvarez como beneficiaria sobreviviente, es merecedora de los ajustes de salud al haberse causado antes del

1 de enero de 1994, y que el mismo se venía cancelando, pero por otro lado, refiere que no se aplicaron los descuentos a salud sobre el retroactivo que le fue reconocido a la parte actora, teniendo en cuenta que el Banco había pagado el 100% a la señora Elsa Elvira Cárdenas de Álvarez.

De lo expuesto se colige, que le entidad pagadora de la prestación confunde el concepto de aportes al Sistema de Seguridad en Salud entendidas como las cotizaciones que están a cargo de los pensionados previstos en el artículo 42 del Decreto 692 de 1994, con el de ajuste de la mesada pensional en el porcentaje equivalente a dicha cotización para compensar las pensiones que como consecuencia del incremento del porcentaje de los aportes por salud se vieron afectadas, ya que se trata de dos conceptos distintos, de manera que si bien es cierto que no debía realizar los descuentos de aportes a salud, dado que el Banco de la República había reconocido a la beneficiaria el valor de la mesada en un 100%; no obstante, no tuvo en cuenta que la promotora del proceso para no afectar el ingreso pensional ajustó la mesada de acuerdo a los parámetros del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo refirió en el escrito genitor, aportando como sustento a su dicho prueba de cada una de las mesadas que reconoció desde el 5 de septiembre de 2009, al 1 de julio de 2018 (f° 15, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital).

En tal virtud, considera esta Sala de decisión que le asiste razón a la parte actora a que le sea reconocido los ajustes a salud que establece el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, sobre las mesadas pensionales correspondientes al 5 de septiembre del 2009, al 30 de julio del 2018, de la pensión de sobrevivientes que actualmente percibe la señora Elsa Elvira Cárdenas de Álvarez, más aún cuando la misma entidad accionada aceptó que sí es merecedora de dicho reajuste y no lo reconoció al momento en que se pagó el retroactivo a favor del Banco de la República.

De otro lado, frente a la indexación que fue ordenada por la *a quo*, la misma resulta procedente como quiera que lo que se busca con ello es remediar la depreciación económica que aquella sufra en el tiempo transcurrido entre la data de tal incumplimiento y la fecha efectiva del pago, tal como se analizó en sentencias CSJ SL5045-2018, reiterada en CSJ SL2353-2020 y CSJ SL1218-2021.

En lo que tiene que ver con la excepción de prescripción, se advierte que la misma no tiene vocación de prosperidad, dado que el derecho se hizo exigible a partir de la expedición de la resolución SUB 183025 del 12 de julio de 2019,

momento en que Colpensiones reajustó y reconoció a favor del Banco de la República el valor del segundo retroactivo, oportunidad en la cual la parte actora interpuso recurso de reposición y apelación pidiendo el reconocimiento del ajuste a salud, los cuales se resolvieron a través de las resoluciones SUB 306801 del 8 de noviembre de 2019 y DPE 5470 del 7 de abril de 2020, asimismo se tiene que con resolución SUB 664831 del 9 de marzo de 2020, se decidió por parte de la accionada puntualmente el tema del reajuste, ante una nueva solicitud presentada por el Banco y la demanda se radicó el 14 de abril de 2021 (f° 4, archivo 002, carpeta 1 instancia, exp. Digital), luego entre estos hitos temporales no transcurrió el término trienal consagrado en el artículo 488 del CST y 151 del CPTSS.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE

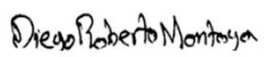
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

022 2021 00175 01

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de en ambas instancias a cargo de Colpensiones, en la suma de $1.300.000.

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

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	**11001310500920210029101**
CLASE DE PROCESO	**ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE	**RENE MAURICIO MONROY ESTRADA**
DEMANDADO	- **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** - **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** - **SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**

En Bogotá D. C. a los Treinta (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), 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, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **Rene Mauricio Estrada** se **declare** la nulidad y/o ineficacia del traslado del RPM al RAIS, llevado a cabo por la AFP Protección S.A. en el mes de junio de 1996, y los traslados que se hicieron con posterioridad con ING en abril de 2003 y Protección en junio de 2003. En consecuencia, se ordene su traslado al RPM para que su pensión de vejez sea reconocida y pagada por Colpensiones, a la AFP Protección a trasladar todos los pagos de los aportes cotizados para pensión junto con sus rendimientos financieros, a que Colpensiones reciba los aportes y rendimientos, y proceda al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, a que se le reconozcan los perjuicios causados como también el pago de costas y agencias en derecho (f° 109 a 110, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 107 a 108, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 7 de febrero de 1964; que

empezó su vida laboral en agosto de 1988, con la Sociedad Vicente de Paul, posteriormente, con COFENALCO Antioquia, cotizaciones que se efectuaron ante el ISS.

Narró que, el día 27 de junio de 1996, un funcionario de la AFP ING le manifestó que su mesada pensional en dicho fondo iba ser más favorable; que dicha reunión no tardó más de 10 minutos, sin que el asesor le explicara cuáles eran las ventajas y desventajas entre ambos regímenes; que en dicha reunión aceptó el traslado y firmó los documentos necesarios para tal fin. Sostuvo que, el día 1 de junio de 2003, se vinculó a la AFP Protección S.A.; que de acuerdo al reporte de cotizaciones expedido por dicha entidad al 30 de mayo de 2020, contaba con 1.425,28 semanas de cotización, por lo que a la fecha en que cumpla la edad para pensionarse que sería el 7 de febrero de 2026, acreditaría un total 1.768,48 semanas.

Refirió que, la AFP Protección nunca le explicó cuáles eran los requisitos para el otorgamiento de la pensión de vejez, las modalidades que contempla dicho régimen como tampoco se le dijo que para el reconocimiento de su pensión se encuentra sujeto al capital que se encuentra ahorrado en su cuenta de ahorro individual; que el día 4 de agosto de 2020, solicitó a través de derecho de petición ante Protección S.A. su traslado de régimen, solicitud que fue negada el 5 de agosto de 2020; que la anterior petición también se presentó ante Skandia el día 24 de agosto de 2020 y a Colpensiones el 4 de agosto de 2020, quienes igualmente lo negaron.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

PROTECCIÓN 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 del actor, fecha en que se trasladó a la AFP Skandia, las semanas cotizadas y el agotamiento de la reclamación administrativa; frente a los demás, indicó que no eran ciertos o no le constaban.

Propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, 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, prescripción, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto y la innominada o genérica.

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 del actor, su afiliación a dicha entidad y la solicitud de nulidad de su traslado; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero.

Propuso como excepciones de fondo, las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, 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 CN), 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 **AFP SKANDIA S.A**., contestó (archivo 11, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó fecha de nacimiento del actor, la vinculación a ese fondo y la solicitud de nulidad de traslado elevada; frente a los demás, indicó que no eran ciertos o que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones de fondo, prescripción, prescripción de la acción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia del causa e inexistencia de la obligación.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 15 de agosto de 2023 (archivos 25 y 26 carpeta 1ª inst, exp. Digital), resolvió:

> ***PRIMERO. DECLARAR*** *la ineficacia del traslado que realizó el demandante Rene Mauricio Monroy Estrada, entre el RPM administrado por el Instituto de Seguros Sociales – hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones - al RAIS, administrado por Skandia S.A., el 27 de junio de 1996.*
>
> ***SEGUNDO. CONDENAR*** *a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, las cotizaciones recibidas en su integridad, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales si los hubiere, así como gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en los seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados al momento de cumplirse la orden, sin que haya lugar a descontar valor alguno de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.*

TERCERO. CONDENAR *a Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones los valores correspondientes a cuotas de administración y comisiones que se dedujeron de la cuenta de ahorro individual del demandante, durante la vigencia de su afiliación a ese fondo de pensiones, por lo considerado.*

CUARTO. CONDENAR *a COLPENSIONES a recibir de Protección y Skandia, todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral del demandante las correspondientes semanas.*

QUINTO. DECLARAR *no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.*

SEXTO: RELEVARSE *del estudio de la pretensión de pago de perjuicios solicitado, teniendo en cuenta que salió avante las pretensiones de la demanda frente a la ineficacia del traslado entre el RPM al RAIS.*

SÉPTIMO. COSTAS. *Lo serán a cargo de Skandia S.A. Tásense por Secretaría. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un (1) SMLMV, de conformidad con lo indicado en la parte motiva*

Para **fundamentar su decisión**, el Juzgado señaló que la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral había explicado que el deber de información a cargo de las AFP, es un deber exigible desde su creación, que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado cada vez con mayor exigencia y ha identificado tres periodos conforme a las normas que han regulado el tema, así: ***i)*** el de 1993 hasta el 2009, ***ii)*** del 2009 al 2014, y ***iii)*** el último del 2014, en adelante.

Enfatizó que, en sentencia CSJ SL2209-2021, la Corte señaló que no existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que pueda tener respecto de sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con la simple expresión genérica, de allí que desde el inicio correspondiera a las AFP informar clara y suficientemente los efectos que acarreaba el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese traslado; citó las sentencias CSJ SL4426 de 2019, relacionada con la carga de la prueba y sentencia CSJ SL1688 de 2019, que hace referencia a los gastos de administración, seguros previsionales y fondo de garantía de pensión mínima.

Señaló que, el actor se trasladó al RAIS a través de la AFP Skandia el 27 de junio de 1996; que en el formulario de vinculación ante dicha entidad había hecho constar que la suscripción del mismo se había hecho libre y espontánea, y sin presiones; sin embargo, no se había acreditado por dicho fondo que le hubiera brindado al afiliado una información suficiente sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, lo que llevaba a concluir que en efecto se había incurrido en una omisión, aunado a que con posterioridad a la

suscripción del documento, la AFP tampoco había desplegado alguna acción tendiente a brindar asesoría o información al trabajador, manteniéndose de esta manera en una actitud pasiva, resguardándose en el hecho de que para la data del traslado solo se requería la suscripción del aludido formulario o formato de afiliación, situación que había impedido que el usuario contará con elementos de juicio suficientes para determinar según sus intereses que le resultaba más benéfico en su caso y de este modo, expresar su voluntad de manera informada, carga probatoria que se encontraba radicada en cabeza del fondo privado, motivo por el cual era necesario declarar la ineficacia de traslado de régimen.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP SKANDIA** interpuso recurso de apelación manifestando que no existían razones fácticas o jurídicas que condujeran a la declaratoria de ineficacia del trasladó de régimen pensional, en la medida en que la decisión tomada por el actor se había hecho de forma consiente y espontánea, sin presiones de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos que se hacían exigibles de conformidad con las normas que se encontraban vigentes para la fecha en la cual se realizó, lo anterior en la medida en que el actor antes de tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional, había recibido información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado y las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, y es en virtud de eso había decidido suscribir el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, el cual obraba dentro del plenario.

Arguyó que, debía tenerse en cuenta que el sustento para solicitar la ineficacia del traslado consistía únicamente frente a la diferencia respecto de la mesada pensional, argumento que no era de fundamento para declararse la ineficacia, en la medida de que la entidad tenía una obligación de medio y no de resultado, puesto que el valor de la mesada pensional dependía netamente del ahorro que lograra realizar durante su vida pensional. De otra parte, precisó que se encontraba en desacuerdo con la sentencia en la medida en que lo que se iba declarar era la ineficacia del traslado de régimen pensional, figura que se encontraba regulada por el artículo 897 del Código de Comercio, normatividad a la que se le daba una interpretación parcial y a favor netamente del demandante y en detrimento del fondo, ello en la medida que al declararse la ineficacia significa que debe retrotraerse todo a su estado inicial; sin embargo, se ordenaba que los rendimientos generados por la entidad y que fueron legalmente descontados sean trasladados a Colpensiones; por lo tanto, solicita se

revoque especialmente la decisión en lo que tiene que ver con la condena de retornar esos gastos de administración.

COLPENSIONES igualmente interpuso recurso de apelación argumentando que es un tercero de buena fe, exento de culpa, por lo cual no debería resultar lesionado con una sanción como la que se le ha impuesto, puesto a que no realizó actividad alguna que conllevara al accionante a elegir el cambio de régimen, no siendo razonable, ni jurídicamente válido imponerle una obligación a los fondos privados de soportar la información brindada, lo cual no era previsto dentro de la normatividad vigente al momento del traslado de régimen, exigencia que desvirtúa el principio de confianza legítima, principio de legalidad y debido proceso conforme al contenido del artículo 29 de la Constitución Política.

Indicó que, igualmente se encontraba afectado el principio de relatividad jurídica, entorno a que Colpensiones como tercero de buena fe no había tenido injerencia en la decisión del demandante; agregó que, aunque la carga de la prueba recaía única y exclusivamente en cabeza de la AFP de acuerdo a lo señalado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para el año 1996, los fondos privados contaban exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación, por lo que imponer cargas adicionales a las previstas a las leyes de la época constituía en una carga de carácter impositivo.

Finalmente, adujo que de confirmarse la decisión del *a quo* se estaría afectando el equilibrio y sostenibilidad financiera del sistema; que en caso de que se llegaré a confirmar la decisión, solicita se mantenga la condena impuesta a la AFP, en el entendido que esta debe integrar la totalidad de las cotizaciones que recibió, como lo son los recursos de la cuenta de ahorro individual, cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, bonos pensionales, cuota de seguros previsionales y cuotas de administración debidamente indexados y a la actualización de la historia laboral del demandante en las respectivas bases de datos y se adicione en el sentido de que la condena impuesta sea de una obligación de hacer previo al cumplimiento de las obligaciones que se le impongan a los fondos privados.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Skandia y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta 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 Skandia, y posteriormente a Protección S.A., es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por el promotor del litigio en el RAIS, junto con los gastos de administración y demás deducciones.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que el señor Rene Mauricio Monroy Estrada nació el 7 de febrero de 1964; ***ii)*** que se afilió al ISS donde aportó desde el 09/08/1988, hasta el 30/06/1996, un total de 198,57 semanas; ***iii)*** que el **1 de julio de 1996**, se trasladó al RAIS a través de la AFP Pensionar hoy Skandia S.A., cuando suscribió el formulario de afiliación; y ***iv)*** que realizó traslado horizontal con la AFP Pensiones y Cesantías Santander hoy Protección S.A. el 10 de abril de 2003, en donde permanece afiliado en la actualidad; lo anterior, tal y como se desprende de las carpetas 01, 05, 06, 11 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.° del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita,*

a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «*poder tomar decisiones informadas»*.

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**1 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 Pensionar hoy Skandia 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 suscrito el **1 de julio 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.

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

2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

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

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

Ahora bien, la teoría de la afiliación tacita o de los actos de relacionamiento que implican ratificación del afiliado de permanecer en el RAIS y que refiere una de las sentencia de la Sala 4ª Laboral de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia, **no es admisible** porque va en contravía de la jurisprudencia emitida por la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia, que tiene determinado que la validez del traslado de régimen pensional se examina al momento del traslado del RPM al RAIS, por ende, debe evaluarse qué información le fue entregada al potencial afiliado para tomar esa decisión, justo en ese preciso momento o previo a este. Sobre las decisiones tomadas por esa Sala de Descongestión, en sentencia CSJ SL1055-2022, se indicó:

> *Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.*
>
> *Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión.* ***En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad****.* (Negrillas fuera del texto original).

> ***De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial***. (Negrillas fuera del texto original).
>
> *Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.*
>
> *Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.*

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 Skandia y Colpensiones al señalar que 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 Skandia no demostró siquiera que hubiese entregado información básica.

Frente al reparo formulado por Colpensiones según el cual para la fecha en que el demandante llevó a cabo el traslado al RAIS no le era exigible a la AFPS suministrar la información con el detalle que se requiere, la 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».

Y es que no puede perderse de vista que, el traslado de régimen reviste un aspecto fundamental y trascendental en la vida laboral de cualquier afiliado, por cuanto está de por medio el acceso a un derecho fundamental, como es el de la pensión de vejez, de tal suerte que lo mínimo que podría esperarse por parte de los fondos de pensiones, es que de esa importante decisión existan los registros documentales, fílmicos o de cualquier otra naturaleza probatoria que permitan corroborar que dio a conocer al futuro afiliado todos los pormenores, consecuencias e implicaciones que ese cambio de régimen significaba, así como las características de uno y otro régimen 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; 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 cambió 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). Al respecto, se observa que el Juzgador dio la orden de reembolso en los términos previamente establecidos, entendiéndose que una vez los fondos privados trasladen los emolumentos enunciados a Colpensiones, dicha entidad deberá dar trámite a las obligaciones objeto de condenada, por lo que se confirmará integralmente su decisión.

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; 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 esta razón, no se acogen los fundamentos esbozados por Skandia.

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).

DEL COMUNICADO DE PRENSA DE LA SENTENCIA SU-107 DE 2024.

El pasado 9 de abril de 2024, la Corte Constitucional emitió un comunicado de prensa sobre la aludida sentencia que tiene como propósito modular el precedente de la Corte Suprema de Justicia en materia probatoria en procesos ordinarios donde se discute la ineficacia del traslado de afiliados entre los dos regímenes pensionales por problemas de información ocurridos entre 1993 y 2009; no obstante, como a la fecha, la providencia en sí no ha sido publicitada y dada a conocer al público, la Sala considera que dicho comunicado no tiene fuerza vinculante, tal como la misma Corte Constitucional lo explicó en Auto 201 del 2013, así:

> *7. Al respecto, esta Sala Especial recuerda que el alcance de los comunicados de prensa es meramente informativo, que no son sentencias y, en esa medida, al no responder a las características propias de las providencias judiciales, no se les confiere fuerza vinculante de ninguna índole. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que:*
>
> > *"el Reglamento Interno de la Corte Constitucional, en el literal c) de su artículo 9º, establece como función del Presidente de la Corporación la de "servir a la Corte de órgano de comunicación", de modo que "sólo él podrá informar oficialmente de los asuntos decididos en Sala Plena" y, precisamente, en ejercicio de esta función, el presidente expide y firma los comunicados de prensa, cuyo carácter es meramente informativo, según lo ha puesto de presente la Corporación al señalar que "son un medio expedito para dar a conocer a los ciudadanos las sentencias que profiere la Corte, pero no reemplazan la decisión misma".*
>
> *8. En esa medida, la Corte ha reconocido la posibilidad de que se presenten variaciones entre el comunicado de prensa y la sentencia "documentada y firmada". Así, atendiendo a las discrepancias que pueden surgir entre uno y otro, de una parte, y a la naturaleza y alcance que diferencian los comunicados de prensa de las providencias judiciales, de la otra, la Corte Constitucional sostuvo que no se le puede otorgar al comunicado "capacidad para afectar la providencia cuya adopción se limita a anunciar", pues "se le conferiría una fuerza vinculante que, fuera de no corresponderle, enervaría la sentencia misma y la vaciaría de su contenido y de su valor".*
>
> *9. Bajo el mismo argumento, esta Sala Especial considera que no se le debe otorgar al comunicado de prensa de una determinada sentencia la capacidad para afectar otra providencia que ya se adoptó y que está en firme (…)* (Subrayado del texto original).

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.

En consecuencia, se confirmará la decisión en este punto también.

COSTAS

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

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

RESUELVE:

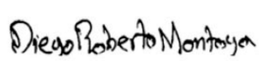
PRIMERO: PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
009 2021 00291 01

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones y Skandia, la suma de $1.300.000 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	**11001310500920200031401**
CLASE DE PROCESO	**ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE	**ADRIANA URIBE CASTAÑEDA**
DEMANDADO	- **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** - **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** - **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

En Bogotá D. C. a los Treinta (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), 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, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **Adriana Uribe Castañeda** se declare la ineficacia del traslado del RPM al RAIS por resultar ineficaz su afiliación a la AFP Colmena hoy Protección S.A. ante la omisión de este fondo del deber de informarle con prudencia y pericia, y de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto a las implicaciones que tenía el cambio de régimen de pensión y en general sobre las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los riesgos, beneficios y desventajas, igualmente se declare ineficaz el traslado que hizo posteriormente ante la AFP Colfondos en el mes de diciembre de 2002. En consecuencia, se ordene a la AFP Colfondos S.A. la devolución a Colpensiones de todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y devolución de los gastos de administración que han sido descontados, a Colpensiones a reactivar su afiliación considerando que para todos los efectos legales siempre estuvo vinculada

al RPM y recibir los aportes y rendimientos devueltos por la AFP Colfondos, actualizar, corregir la historia laboral y ponerla a su disposición, al pago de costas, agencias en derecho y a lo que resulte probado ultra y extra petita (f° 55, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital)

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 53, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 10 de febrero de 1961; que estuvo afiliada al ISS desde el inicio de su vida laboral hasta el año 1994; que ante una campaña de desinformación de las AFP en general firmó formulario de traslado de régimen con destino a la AFP Colmena el 19 de julio de 1994.

Narró que, su afiliación y traslado al RAIS se realizó sin habérsele suministrado información concreta y veraz de las reales consecuencias que conllevaría su decisión de traslado, no le explicó la naturaleza propia del RAIS, ni sus características, diferencia con el RPM, es decir, se omitió darle información de las ventajas y desventajas sobre el cambio de régimen pensional; que en el formulario de solicitud de vinculación y traslado no existe constancia alguna de la que pudiera inferirse que le fue suministrada información pertinente y completa; que al momento del trasladarse el asesor no le informó cuáles eran las condiciones que tenía que cumplir tanto en el RAIS como en el RPM para poder acceder a la pensión y qué le convenía para su futuro pensional, no le mencionó que el monto de la mesada pensional dependía del total del capital que lograra acumular en su cuenta individual, entre otras diferencias importantes entre uno y otro régimen.

Relató que, el 6 de diciembre de 2002, se trasladó a la AFP Colfondos S.A., sin que previamente hubiera recibido información sobre las características, ventajas y consecuencias de los regímenes pensionales; que durante su permanencia en dicho fondo tampoco recibió información; que para el año 2007, no le advirtió que tenía plazo de un año para iniciar los trámites tendientes para retornar al RPM; que ninguno de los fondos privados le informaron sobre las proyecciones que debía prever para asegurar un monto pensional en condiciones dignas al momento de su retiro.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 07 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; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones de fondo, las de imposibilidad

de declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, 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 del derecho no vicia del consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la CN), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción e innominada o genérica.

La **COLFONDOS S.A**., contestó (archivo 13 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, señaló que no eran ciertos o no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones de fondo, 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 del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., compensación y pago.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó (archivo 14 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó fecha de nacimiento de la demandante, frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos en la forma redactada. Propuso como excepciones de fondo, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes a otra administradora de fondos de pensiones, imposibilidad de declaratoria de nulidad por inexistencia de situación anterior y traslado de aportes a otra administradora de fondos de pensiones.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 16 de junio de 2023 (archivo 31 carpeta 1ª inst, exp. Digital), resolvió:

PRIMERO. DECLARAR *la ineficacia del traslado que realizó la demandante, Adriana Uribe Castañeda, entre el RPM administrado por el Instituto de Seguros Sociales – hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones - al RAIS, administrado por Colmena - hoy Protección S.A., el 12 de julio de 1994.*

SEGUNDO. CONDENAR *a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones las cotizaciones recibidas en su integridad, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales si los hubiere, así como gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en los seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados al momento de cumplirse la orden, sin que haya lugar a descontar valor alguno de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.*

TERCERO. CONDENAR *a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones los valores correspondientes a cuotas de administración y comisiones que se dedujeron de la cuenta de ahorro individual de la demandante, durante la vigencia de su afiliación a ese fondo de pensiones, por lo considerado.*

CUARTO. CONDENAR *a COLPENSIONES a recibir de Colfondos y Protección S.A., todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral de la demandante las correspondientes semanas.*

QUINTO. DECLARAR *no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.*

SEXTO. COSTAS. *Lo serán a cargo de Protección S.A. Tásense por Secretaría. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un (1) SMLMV, de conformidad con lo indicado en la parte motiva.*

Para **fundamentar su decisión**, el Juzgado señaló que la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral había explicado que el deber de información a cargo de las AFP, es un deber exigible desde su creación, que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado cada vez con mayor exigencia y ha identificado tres periodos conforme a las normas que han regulado el tema, así: ***i)*** el de 1993 hasta el 2009, ***ii)*** del 2009 al 2014, y ***iii)*** el último del 2014, en adelante.

Enfatizó que, en sentencia CSJ SL2209-2021, la Corte señaló que no existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que pueda tener respecto de sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con la simple expresión genérica, de allí que desde el inicio correspondiera a las AFP informar clara y suficientemente los efectos que acarreaba el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese traslado, citó las sentencias CSJ SL4426 de 2019, relacionada con la carga de la prueba, CSJ SL1688 de 2019, que hace referencia a la devolución de gastos de administración, seguros previsionales y fondo de garantía de pensión mínima.

Seguidamente, hizo relación al caso concreto, señalando que el traslado de régimen acaeció con la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 19 de julio de 1994,

y luego, se había trasladado a COLFONDOS el 6 de diciembre de 2002, resaltó que el hecho de que se hubiera suscrito un formulario de afiliación sin la ayuda o asesoría debida por parte del fondo de pensiones COLMENA hoy PROTECCIÓN concluía que en efecto, se había incurrido en una omisión de su parte, pues con posterioridad a la suscripción del documento la AFP tampoco había desplegado ninguna acción tendiente a brindar información o asesoría a la trabajadora, manteniéndose de esta manera en una actitud pasiva, resguardándose en el hecho de que para la data del traslado solo se requería la suscripción del aludido formulario o formato de afiliación; que en ese orden de ideas, evidenciaba que de las pruebas aportadas y practicadas dentro del presente asunto, no se podía establecer que COLMENA hoy PROTECCIÓN, al momento del tránsito al régimen de ahorro individual efectuado por la demandante se le hubiera brindado una información respecto de las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Precisó que, de acuerdo a lo anterior y bajo los razonamientos expuestos en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se había impedido al usuario que contara con los elementos de juicio suficientes para determinar según sus intereses qué le resultaba más benéfico en su caso y, de ese modo, expresar su voluntad de manera informada, carga probatoria que se encontraba en cabeza del fondo privado, lo cual conllevaba a declarar la ineficacia del acto del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES sustentó su recurso indicando que en la decisión de primera instancia se había pasado por alto que para la época en que surtió el traslado la realidad jurídica o normativa del momento era la aplicación del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, así como los Decretos 692 de 1994 y 663 de 1993, lo cual solo consistía en la aceptación espontánea, libre y expresa de un afiliado para trasladarse de régimen, manifestada a través de la firma del formulario de afiliación, situación que se dio a plenitud según se derivaba del documento suscrito y registrado por la accionante, debiéndose tener en cuenta que para la fecha de suscripción del formulario no existía la Ley 1748 de 2014, ni el Decreto 2071 del 2015, con los cuales nace la obligación de las AFPS de una doble asesoría a sus afiliados; por consiguiente, el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que se brindó al momento de la afiliación, debe ser valorados bajo la normativa vigente para la fecha de suscripción del formulario.

Adicionalmente, sostuvo que debía considerarse el principio de confianza legítima, principio de legalidad, debido proceso, principio de la relatividad jurídica y sostenibilidad financiera del sistema, esto en torno a que Colpensiones es un tercero en este asunto, por lo que debe considerarse que los actos jurídicos en principio tienen efectos inter partes y las consecuencias que se derivan de la celebración de esos actos jurídicos solo deben repercutir sobre las partes involucradas, por lo que Colpensiones no puede ser favorecida, ni perjudicada por ese contrato que se celebró entre la demandante y la AFP.

Por último, solicitó que en caso de confirmarse la decisión se mantenga las condenas impuestas a las AFPS, en el entendido de que debe de reintegrar la totalidad de las cotizaciones que recibió, esto es, los recursos de la cuenta individual, cuotas abonadas al fondo, rendimientos, bonos pensionales, cuotas de seguros previsionales, cuotas de administración, mermas en la cuenta individual, entre otros. Asimismo, solicitó se adicione la sentencia en el sentido de que la condena impuesta a Colpensiones sea una obligación de hacer, que se condicione al previo cumplimiento que se le impusieron a la AFPS, toda vez que no puede dar cumplimiento hasta tanto se reintegre los recursos y se actualice la información en las respectivas bases de datos.

La **AFP COLFONDOS** solicita se revoque parcialmente la decisión en el sentido de tener que devolver los gastos de administración, seguros previsionales y descuentos sufridos en la cuenta de la actora, ya que la condena no se encuentra ajustada a la realidad, teniendo en cuenta que la entidad cumplió con su deber de administrar los fondos pensionales y gracias a su buena labor le generaron rendimientos que incrementaron los montos cotizados, por lo que debe tenerse en cuenta los principios de equidad y justicia.

Indicó que, las primas de seguros previsionales ya se causaron a un tercero y su devolución afectaría la capitalización del fondo de pensiones, desconociéndose la teoría de las prestaciones mutuas, además de que la comisión de administración es aquella cobrada por las AFPS para administrar el ahorro individual de los afiliados y los descuentos que se realizaron para cubrir los gastos del seguro previsional se encuentran debidamente autorizados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, que opera tanto en el RAIS como en el RPM. De igual manera, debe tenerse en cuenta que la prima del seguro previsional ya fue sufragada, y las respectivas compañías aseguradoras cumplieron con el deber contractual efectuando su cobertura durante la vigencia de la póliza, por lo que no sería viable el traslado de dichos recursos en el

caso, pues de ser así, resultaría imperativa la vinculación a este tipo de procesos de la aseguradora.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver los recursos de apelación presentados por Colfondos 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 Colmena hoy Protección S.A. es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por el promotor del litigio en el RAIS, junto con los gastos de administración y demás deducciones.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la señora Adriana Uribe Castañeda nació el 10 de febrero de 1961; ***ii)*** que el **19 de julio de 1994**, se afilió a la AFP Colmena hoy Protección S.A.; ***iii)*** que posteriormente, se trasladó a Colfondos S.A. el 6 de diciembre de 2002, en donde permanece afiliada en la actualidad; lo anterior, tal y como se desprende de los archivos 01, 13 y 14, carpeta 1ª inst. exp. Digital.

Selección inicial de régimen pensional

A la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se estableció la posibilidad de seleccionar cualquiera de los regímenes pensionales contemplados en dicha normatividad, ya fuera el régimen de prima media con prestación definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad; estableciéndose en el literal b) del artículo 13 *ibídem*, que la selección debe ser libre y voluntaria por parte del afiliado, quien podrá manifestar por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Igualmente, tal normatividad contempló en el literal e), lo siguiente:

> *e. <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> <Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Los afiliados al*

Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez;

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral de Descongestión, en la sentencia CSJ SL1806-2022, indicó:

Ante tal panorama legal, la primera conclusión que surge para la Sala es que esa garantía de escoger régimen pensional es una expresión de la protección del derecho fundamental a la seguridad social, en vista del carácter obligatorio e irrenunciable de este último (artículo 48 de la Constitución Política). También, que resulta relevante para preservar el equilibrio y la articulación del sistema, a la luz del principio de unidad consagrado en el literal e) del artículo 2 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, es claro que las restricciones al libre movimiento entre regímenes pensionales tienen un sustento legal. No de otra manera se explica que el legislador hubiera sido tan explícito al disponer que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho de las personas a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, pueden ser destinatarias de sanciones económicas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación (artículo 271 de la Ley 100 de 1993).

[…]

Entonces, la afiliación es un acto jurídico único dentro de nuestro sistema pensional. Posteriormente, no puede ser desconocida su existencia, como si nunca se hubiera registrado.

Deber de información por parte de las AFP

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.° 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).

No obstante, tales exigencias se han considerado en los casos de **traslado de régimen pensional**. Revisado el expediente en su integridad, se observa que Colpensiones al dar contestación a la demanda señaló que no le constaba que la actora hubiese estado afiliada y efectuando aportes ante dicha entidad, por otro lado, la AFP Protección dijo en el hecho 2 de su contestación que de conformidad con el soporte SIAFP y el formulario de vinculación suscrito por la demandante, nunca había estado afiliada al RPM (archivo 14, carpeta 1 instancia, exp. Digital).

Se evidenció igualmente, que no se aportó al informativo el expediente administrativo de la señora Adriana Uribe Castañeda, ni su historia laboral con el extinto ISS, hoy Colpensiones, tampoco se allegó certificado de bono pensional expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público ante el traslado de régimen del RPM al RAIS según los señalado por la parte actora; por el contrario, milita formulario de afiliación a la AFP Colmena del 19 de julio de 1994, en el que aparece marcado en la casilla vinculación inicial; asimismo, se incorporó constancia de traslado de aportes que hizo Protección S.A. a Colfondos donde solo se registran cotizaciones pensionales desde agosto de 1994, datos que coinciden con lo certificado por Asofondos según documento que fue expedido el 21 de enero de 2020, y que fue aportado por la misma demandante (f° 7, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital).

Adicionalmente, se observó que la Juez de primera instancia en audiencia pública del 1 de junio de 2023, decretó de oficio el expediente administrativo e historia laboral de la demandante, concediéndole término a Colpensiones para que allegara dichas pruebas; en cumplimiento de dicha orden Colpensiones aportó certificado de fecha 5 de junio de 2023, en el que certifica que la señora Adriana Uribe Castañeda estuvo afiliada al RPM y su estado es *«TRASLADO A OTRO FONDO»*, tal y como se puede ver en la siguiente imagen (archivo 25, carpeta 1 instancia, exp. Digital):



LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

CERTIFICA QUE

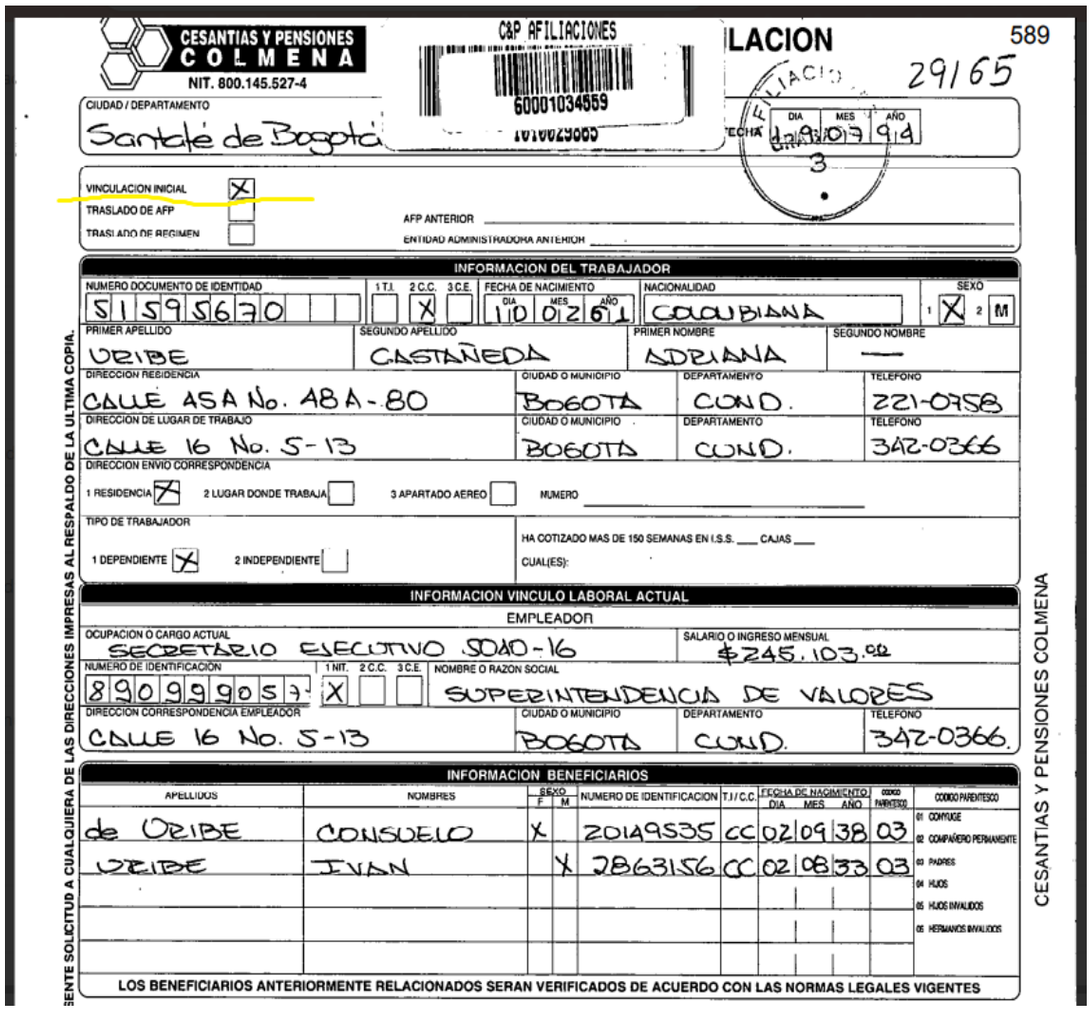
Verificada la base de datos de afiliados, el/la señor/a **ADRIANA URIBE CASTAÑEDA** identificado/a con documento de identidad **Cédula de Ciudadanía** número **51595670,** estuvo afiliado/a al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** y su estado es *TRASLADADO A OTRO FONDO.*

La presente certificación se expide en Bogotá, el día 05 de junio de 2023.

Rosa Mercedes Nino Amaya
Dirección de Afiliaciones

Nota: Certificado generado desde la página Web. Este documento no es válido para el reconocimiento de prestaciones económicas, está sujeto a verificación y no tiene costo alguno.

De la mentada certificación, esta Sala de decisión considera que la misma no es suficiente para acreditar que en efecto la señora Adriana Uribe estuvo afiliada y reportó cotizaciones al RPM y que lo que acaeció el 19 de julio de 1994, fue un traslado de régimen pensional, toda vez que no se adjuntó soportes de lo allí consignado, esto es, historia laboral en la que conste los aportes que realizó el empleador y el expediente administrativo, probanzas que resultaban ser conducentes y pertinentes para resolver el presente litigio. Contrario a ello, lo que se desprende del formulario de afiliación a la AFP Colmena del 19 de julio de 1994, es que se afilió por primera vez al sistema pensional, tal como se pude ver a continuación:



CESANTIAS Y PENSIONES COLMENA
NIT. 800.145.527-4

C&P AFILIACIONES
60001034559

589

29165

CIUDAD / DEPARTAMENTO: Santafé de Bogotá

FECHA: DIA 1 9 MES 0 7 AÑO 9 4

3

VINCULACION INICIAL [X]
TRASLADO DE AFP [ ]
TRASLADO DE REGIMEN [ ]
AFP ANTERIOR
ENTIDAD ADMINISTRADORA ANTERIOR

INFORMACION DEL TRABAJADOR

NUMERO DOCUMENTO DE IDENTIDAD	T.I.	C.C.	C.E.	FECHA DE NACIMIENTO (DIA MES AÑO)	NACIONALIDAD	SEXO
51595630	[ ]	[X]	[ ]	10 02 61	COLOMBIANA	1 [X] 2 [M]

PRIMER APELLIDO	SEGUNDO APELLIDO	PRIMER NOMBRE	SEGUNDO NOMBRE
URIBE	CASTAÑEDA	ADRIANA	—

DIRECCION RESIDENCIA	CIUDAD O MUNICIPIO	DEPARTAMENTO	TELEFONO
CALLE 45A No. 48A-80	BOGOTA	CUND.	221-0958

DIRECCION DE LUGAR DE TRABAJO	CIUDAD O MUNICIPIO	DEPARTAMENTO	TELEFONO
CALLE 16 No. 5-13	BOGOTA	CUND.	342-0366

DIRECCION ENVIO CORRESPONDENCIA
1 RESIDENCIA [X] 2 LUGAR DONDE TRABAJA [ ] 3 APARTADO AEREO [ ] NUMERO

TIPO DE TRABAJADOR
1 DEPENDIENTE [X] 2 INDEPENDIENTE [ ]

HA COTIZADO MAS DE 150 SEMANAS EN I.S.S. ___ CAJAS ___
CUAL(ES):

INFORMACION VINCULO LABORAL ACTUAL

EMPLEADOR

OCUPACION O CARGO ACTUAL	SALARIO O INGRESO MENSUAL
SECRETARIO EJECUTIVO 5040-16	$245.103.00

NUMERO DE IDENTIFICACION	1 NIT.	2 C.C.	3 C.E.	NOMBRE O RAZON SOCIAL
8909990573	[X]	[ ]	[ ]	SUPERINTENDENCIA DE VALORES

DIRECCION CORRESPONDENCIA EMPLEADOR	CIUDAD O MUNICIPIO	DEPARTAMENTO	TELEFONO
CALLE 16 No. 5-13	BOGOTA	CUND.	342-0366.

INFORMACION BENEFICIARIOS

APELLIDOS	NOMBRES	SEXO F	SEXO M	NUMERO DE IDENTIFICACION	T.I./C.C.	FECHA DE NACIMIENTO DIA MES AÑO	CODIGO PARENTESCO
de URIBE	CONSUELO	X		20149535	CC	02 09 38	03
URIBE	IVAN		X	28631556	CC	02 08 33	03

01 CONYUGE
02 COMPAÑERO PERMANENTE
03 PADRES
04 HIJOS
05 HIJOS INVALIDOS
06 HERMANOS INVALIDOS

LOS BENEFICIARIOS ANTERIORMENTE RELACIONADOS SERAN VERIFICADOS DE ACUERDO CON LAS NORMAS LEGALES VIGENTES

ESENTE SOLICITUD A CUALQUIERA DE LAS DIRECCIONES IMPRESAS AL RESPALDO DE LA ULTIMA COPIA.

CESANTIAS Y PENSIONES COLMENA



asofondos — Asociación colombiana de administradores de fondos de pensiones y cesantías — SIAFP

USUARIO: PRLCORTESG01 | LEIDY ALEJANDRA CORTES GARZON | 31 de Agosto de 2022 | Registrar servicio | Buscar en Wiki SIAFP

Afiliados | Personas | Aportantes | Pagos | Estadísticas | Documentación | Entrega HL al RPM | Usuarios | Administrador de Tareas

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 9:41:39 AM
Afiliado: CC 51595670 ADRIANA URIBE CASTAÑEDA

Vinculaciones para : CC 51595670

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Vinculación inicial	1994-07-19	2004/04/16	COLMENA			1994-07-19	2000-03-31
Cesion por fusión	2000-04-01	2004/04/16	ING	COLMENA		2000-04-01	2003-01-31

2 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 51595670

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1994-07-19	1996-06-13	01	AFILIACION	COLMENA	
2000-04-01	2000-04-01	30	CESION	COLMENA	ING
2002-12-06	2003-01-07	79	TRASLADO AUTOMATICO	COLFONDOS	ING

3 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Imprimir | Regresar

LA ASOCIACION COLOMBIANA DE ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS

INFORMA QUE:

En el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensiones y de Cesantía (SIAFP), administrada por esta Asociación, el (la) señor(a) **ADRIANA URIBE CASTAÑEDA** identificado(a) con Cédula de ciudadanía (CC) No. 51595670, figura como afiliado(a) a la Administradora de Fondo de Pensiones COLFONDOS, desde el seis (6) de DICIEMBRE de dos mil dos (2002). Y presenta los siguientes registros en este régimen.

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	AFP destino	AFP origen	Fecha inicio efectividad	Fecha fin efectividad
Vinculación inicial	1994-07-19	COLMENA		1994-07-19	2000-03-31
Cesion por fusión	2000-04-01	ING	COLMENA	2000-04-01	2003-01-31
Traslado fondo	2002-12-06	COLFONDOS	ING	2003-02-01	

(Cuadro con historial de vinculaciones ordenado por fecha de afiliación)

La información contenida en este documento fue suministrada por COLFONDOS, el cual es responsable por la veracidad de la misma.

Asofondos es una entidad gremial sin ánimo de lucro cuyo objeto principal es la prestación de servicios a las Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantía afiliadas. Asofondos no tiene a su cargo la prestación de servicio público ni está obligado a la entrega de información a terceros.
La presente constancia se expide por expresa solicitud del interesado a los veintiuno (21) días del mes de ENERO de dos mil veinte (2020), en la ciudad de Bogotá D.C.

(Resaltado en amarillo no corresponde a la imagen original).

Acorde con lo anterior, al analizar las anteriores probanzas bajo los postulados de la sana critica, en aplicación al artículo 61 del CPTSS, para la Sala resulta de mayor

credibilidad el formulario de afiliación que aparece en precedencia, la cual es coincidente con la de Asofondos en cuanto a la fecha de afiliación inicial al fondo privado; esto por cuanto la certificación de Colpensiones no aparece acompañada de historia laboral alguna que permita tener certeza de que realmente efectuó aportes al RPM, así como la fecha de la supuesta afiliación al extinto ISS o esa entidad, lo cual resultaba de vital importancia para colegir que la vinculación al RAIS a través de la AFP Colmena correspondía a un traslado y no a una afiliación o vinculación inicial al sistema pensional como claramente se indica en el aludido formulario y en las constancias de Asofondos.

Cabe resaltar que, si bien en los procesos donde se discute la ineficacia del traslado por omisión en la información se ha dicho que la carga de la prueba está a cargo de los fondos privados, es deber del afiliado por lo menos demostrar que perteneció al RPM en virtud de lo consagrado en el artículo 167 del CGP, aportando constancia de que en efecto estuvo vinculada laboralmente con anterioridad al 19 de julio de 1994 y que su empleador la afilió y efectuó aportes en el RPM.

Así las cosas, no cabe duda que lo que surgió en el presente asunto fue una vinculación inicial o por primera vez al sistema general de pensiones, de manera que no es dable retrotraer la situación de la afiliada al estado en que se hallaba antes de que hiciera aquella elección primigenia, comoquiera que **no existe una situación jurídica anterior que modificar**, ya que no existía afiliación al subsistema pensional del RPM, puesto que fue el **19 de julio de 1994**, cuando lo hizo por primera vez escogiendo el régimen de ahorro individual, fondo en donde ha realizado todos sus aportes a lo largo de su vida laboral, de tal suerte que, si bien a la AFP Protección le era exigible el cumplimiento del deber de información, previo a la afiliación de la demandante, lo cierto es que no resulta atendible la declaratoria de ineficacia de dicho acto jurídico; por lo tanto, lo que podría invalidarse o declarar ineficaz es el traslado, más no la elección que por primera vez se hace al referido sistema. Así se dijo por la Sala de Casación laboral de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1806-2022, en la que sostuvo:

> *[…] la jurisprudencia ha establecido que lo que puede invalidarse es el acto de traslado entre regímenes**, no la selección inicial**, **y menos cuando no existe acto previo de afiliación al sistema pensional**. De esa forma, no puede aceptarse que la violación del deber de informar afecta directamente la validez del acto jurídico de vinculación al sistema, pues no existe, antes de ese acto ninguna expectativa, aún simple, de consolidar un derecho.* (Subrayado y negrillas por fuera del texto original

En la misma providencia, al referirse a la imposibilidad de retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, antes de llevarse a cabo la afiliación inicial al régimen de pensiones, manifestó:

> ***La Sala encuentra acertada la posición del ad quem de negar la ineficacia de la afiliación, pretendida por la señora Ulloa Ulloa, pues ello conllevaría un intento de retrotraer la situación de la afiliada al estado en que se hallaba antes de que hiciera una selección inicial de régimen, cuando, previo a ello, no existía una situación jurídica que modificar, es decir, no hay un acto para invalidar, pues no existe estado previo de registro ante ninguna administradora, porque no había afiliación o vinculación al Sistema General de Pensiones.*** (Negrillas y subrayado fuera del texto original).
>
> *Así las cosas,* ***si la demandante nunca formó parte del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como está acreditado y no se discute, eliminar la afiliación al RAIS no puede generar el efecto anhelado por la censura, pues no existe ningún vínculo jurídico previo con administradora pensional alguna, ni siquiera anterior a la existencia del sistema pensional vigente, para obligarla a recibirla como afiliada, así como a recibir sus cotizaciones hechas ante Protección y Porvenir ni reconocer, eventualmente, las prestaciones propias del sistema*** *(CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019).* (Negrillas y subrayado fuera del texto original).
>
> *Conviene precisar que, si lo pretendido era trasladarse del Régimen de Ahorro Individual al de Prima Media con Prestación Definida por resultarle más favorable, debió hacerlo en la oportunidad que brinda el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 2 la Ley 797 de 2003, es decir, antes del 21 de marzo de 2009, tal y como lo señaló el ad quem.*

En tal sentido, se revocará la decisión de primera instancia, pero por las razones aquí expuestas, pues lo que se pretende en este caso es dejar sin efectos la afiliación inicial al sistema general de pensiones que se hizo a través del régimen de ahorro individual, lo cual no resulta viable como bien se ha explicado, ello teniendo en cuenta que no existe una situación jurídica anterior que se pueda modificar, esto es, no hay acto jurídico previo con Colpensiones que se pueda restablecer.

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:

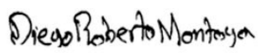
PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá y, en su lugar, **ABSOLVER** a Colpensiones, Protección S.A. y Colfondos, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
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	**11001310500720200024201**
CLASE DE PROCESO	**ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE	**CARMEN YANETH PIEDRAHITA POSADA**
DEMANDADO	- **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** - **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** - **SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**

En Bogotá D. C. a los Treinta (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), 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, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **CARMEN YANETH PIEDRAHITA POSADA** se declare la ineficacia del traslado del RPM al RAIS y que para todos los efectos jurídicos siempre ha permanecido en el RPM. En consecuencia, se ordene a los fondos privados demandados Skandia S.A. y Porvenir S.A. la devolución a Colpensiones de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos generados durante el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron bajo su administración, a Colpensiones a reactivar la afiliación considerando que para todos los efectos siempre ha estado vinculada al RPM, a recibir los aportes y rendimientos devueltos, actualizar y corregir su historia laboral y ponerla a su disposición, al reconocimiento y pago de perjuicios y pago de costas procesales (f° 5 a 6, archivo 02, carpeta 1ª inst. exp. digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 06 a 07, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 29 de noviembre de 1966;

que estuvo afiliada al RPM a través de Colpensiones desde el año 1988; que el día 19 de enero de 1996, sin recibir información completa, clara, veraz, oportuna, técnica y adecuada suscribió formulario de afiliación con Porvenir S.A., trasladándose al RAIS.

Relató que, posteriormente se afilió a Old Mutual Skandia S.A. el 19 de enero de 2001 y el 7 de mayo de 2018, sin recibir la información pertinente; que se afilió al RAIS por considerar que le era más beneficioso; que los asesores del fondo privado en ningún momento le explicaron las características del RPM, tampoco se le hizo un comparativo entre el RPM y el RAIS; que dichos asesores no contaban con título de formación profesional o capacitación adecuada alguna, no se le hizo advertencia de los riesgos que existían por trasladarse, no se le dijo que su pensión podría ser inferior a la que pudiera recibir en el RPM, que eventualmente podría no pensionarse por cuanto su capital le sería insuficiente, que la pensión dependía de la modalidad que escogiera, entre otros aspectos importantes para su traslado.

Refirió que, Skandia S.A. le realizó una proyección de su mesada pensional que arrojó que a sus 57 años en el RAIS sería de $1.038.000 y en el RPM de $2.138.000, lo cual demostraba que en el RAIS su mesada sería mucho más desventajosa; que el día 7 de julio de 2020, se presentó reclamación ante Skandia solicitando la ineficacia o nulidad de su afiliación, solicitud que igualmente realizó ante Porvenir y Colpensiones; que únicamente recibió respuesta por parte de Skandia el día 28 de julio de 2020, de manera negativa.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (archivo 04 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos en la forma redactada. Propuso como excepciones de fondo, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

La **AFP SKANDIA S.A**., contestó (archivo 05, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó fecha de nacimiento de la demandante, la vinculación a ese fondo y la solicitud de nulidad de traslado elevada; frente a los demás, indicó que no le constaba algunos de ellos por corresponder a un tercero y no ser ciertos los demás en la forma en cómo eran narrados. Propuso como excepciones de fondo, prescripción, buena fe, cobro de lo no debido y genérica.

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 y su vinculación a los fondos privados; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos en la forma redactada. Propuso como excepciones de fondo, errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante providencia del 26 de junio de 2023, se ordenó por parte del Juzgado 7 Laboral del Circuito de Bogotá remitir el expediente al Juzgado 42 Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con lo dispuesto por el Acuerdo No. CSJBTA23-15 de 2023. En cumplimiento de lo anterior, dicho Juzgado mediante auto del 23 de octubre de 2023, avocó conocimiento y a través de decisión del 1 de diciembre de 2023, resolvió:

> ***PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA*** *del traslado de régimen pensional que realizó la demandante* ***CARMEN YANETH PIEDRAHITA POSADA,*** *identificada con la cedula de ciudadanía No. 51.903.894 del régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A el 19 de enero de 1996, así como los traslados hechos posteriormente de manera horizontal de PORVENIR a SKANDIA el 19 de enero de 2001, de SKANDIA a PORVENIR el 19 de octubre de 2013 y de PORVENIR a SKANDIA el 07 de mayo de 2018, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a* ***SKANDIA S.A.,*** *a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR*** *a* ***PORVENIR S.A.*** *a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES los rendimientos financieros que haya generado durante la afiliación de la demandante, las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***CUARTO: ORDENAR*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a aceptar el traslado de los dineros que efectúen las AFP PORVENIR S.A y SKANDIA S.A para que proceda a activar la afiliación de la demandante, como si nunca se hubiese trasladado del régimen de prima media con prestación definida y así mismo actualice la información de la historia laboral en semanas cotizadas.*

QUINTO: DECLARAR NO PROBADA *la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, conforme a lo considerado en la parte motiva, así como los demás medios exceptivos dadas las resultas del proceso.*

SEXTO: CONDENAR *en costas junto con agencias en derecho a PORVENIR y SKANDIA S.A, las cuales se tasan en la presente diligencia en la suma de 1 SMLMV que deberá pagar cada una de las demandadas a favor de la demandante.* ***Sin costas*** *a cargo de COLPENSIONES.*

SÉPTIMO: ABSOLVER *a* ***SKANDIA S.A y PORVENIR S.A*** *de las demás pretensiones incoadas en su contra por la señora Carmen Yaneth Piedrahita Posada, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

Para **fundamentar su decisión**, señaló que el marco normativo relacionado la elección de régimen de pensional se encuentra previsto en literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; que a su turno, el artículo 271 señala no solamente las sanciones para quienes cuartan la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada para permitir al afiliado realizar una nueva de forma libre y espontánea, por otro lado, el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero vigente para la época en que se realizó el traslado de la demandante, estableció la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado.

Adujo que, de conformidad con lo dispuesto por las sentencias de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia como sentencia SL 1688 de 2019, las administradoras de fondos de pensiones desde su fundación estaban en la obligación de brindar información completa y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizarles un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado; que asimismo, mediante sentencias radicado 31981 de 2008, SL 19447 de 2017, SL 1421 de 2019 y SL 3199 de 2021, entre otras, se había dicho que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social no se restringía a una simple manifestación de la voluntad de quien decidía trasladarse de régimen, sino que debía estar ajustada a los parámetros de libertad informada.

Refirió que, la Corte también tenía por sentado que no se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exigía contar con suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de este tipo de decisiones; que sobre la carga de la prueba en sentencias SL 1689 de 2019 y SL 4025 de 2021, se había dicho que se invierte la carga de la prueba y correspondía a las AFP demostrar suficientemente que cumplieron con el deber legal de información y

asesoría al momento de efectuar el traslado, en concordancia con lo previsto en el artículo 1604 del código civil y que cuando un afiliado realiza diversos traslados entre AFPS, esa situación no puede entender como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS y mucho menos convalida la omisión de las AFP a dar cumplimiento al deber de información SL 2279 de 2021 y SL 1055 de 2022, entre otras.

Descendiendo al caso concreto, sostuvo que revisadas las pruebas del expediente se observaba que el formulario de traslado que la demandante había suscrito en su momento se había aceptado realizar en forma libre y voluntaria; no obstante, tal afirmación no demostraba de manera alguna el tipo de información brindada y si la que se llegó a otorgar había sido suficiente y clara; que nada diferente se podía concluir de lo manifestado por la demandante en el interrogatorio de parte, pues de la misma no se había obtenido confesión alguna, sin que obrara más pruebas susceptibles dentro del expediente que demostrara el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Porvenir en los términos descritos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema e Justicia, así como tampoco aparecía acreditado que al momento del traslado la AFP le hubiera brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara, atendiendo su situación personal sobre los efectos del traslado, por lo cual debía declararse ineficaz el traslado de régimen pensional.

En cuanto a las costas del proceso, condenó a las AFP Porvenir y Skandia, pero se abstuvo de condenar a Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación de manera parcial, en relación a la absolución de la condena en costas a Colpensiones, en virtud de que también había sido vencida en juicio y la solicitud de la condena en costas se encontraba dentro de las pretensiones de la demanda, la cual había sido controvertida por la entidad, además era una consecuencia directa de la puesta en movimiento del aparato jurisdiccional y así lo permitía el artículo 365 del CGP, la misma normatividad que había tenido en cuenta la Juez para condenar a las demás entidades demandadas.

Acotó que, traía a colación la sentencia con radicado No.2020087 con ponencia del doctor Miller Esquivel Gaitán del Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, en donde se determinaba que las costas eran una carga económica dentro del proceso que debía afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además las expensas erogadas, aunado a que tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora y los gastos en que tuvo que incurrir.

La **AFP PORVENIR** sustentó su recurso en cuanto a que su inconformidad radicaba respecto a la ordenen de indexar algunos de los conceptos que se ordenaban devolver a Colpensiones, para lo cual solicitaba se analizara la jurisprudencia que ha proferido varios Tribunales Superiores de Colombia, tales como el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y Amazonas Sala Laboral, así como el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali también Sala Laboral, en donde algunas de ellas han dicho que al devolverse los rendimientos financieros, dicho rubro incluía los frutos e intereses que se obtuvieron con los dineros recibidos por la AFP como consecuencia de la afiliación, y por lo que entendía que ese rubro era excluyente con la indexación ordenada.

Refirió que, también se encontraba inconforme respecto de tener que devolver lo correspondiente con el fondo de garantía de pensión mínima ya que eran recursos propios de la AFP, teniendo en cuenta que a partir de enero de 2003, los mismos se recaudaban y administraban por los fondos privados en una cuenta especial destinada para tal fin, hasta cuando la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y crédito Público autorizara que fueran utilizados como lo señalaba el artículo 4 del Decreto 832 de 1996; que también el artículo 7 mencionaba de forma expresa que en el RAIS la pensión mínima de vejez se financiaba con los recursos de la cuenta individual, incluyendo aportes voluntarios si los hubiere, con el valor de los bonos y/o títulos pensionales cuando a ello hubiere lugar y, cuando éstos se agotaran, con las sumas mensuales adicionales a cargo de la Nación, luego se consideraba que esa era la naturaleza que tenían esos recursos del sistema general de pensiones.

La **AFP SKANDIA** argumentó su recurso solicitando se revoque la decisión de primera instancia en relación a la devolución por concepto de gastos de administración, primas y fondo de garantía de pensión mínima; que cuanto a los gastos de administración, tal y como su nombre y naturaleza jurídica lo indicaban, eran recursos destinados a la administración y buen manejo de los recursos pensionales de los afiliados en el Sistema General de Pensiones, razón por lo cual no eran del afiliado y los mismos no estaban destinados al financiamiento de la pensión de vejez; que en

caso de confirmarse dicha decisión se configuraría en un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

Expuso que, la entidad había cumplido con la obligación de administrar adecuadamente la cuenta de ahorro individual de la demandante, generando los respectivos rendimientos y rentabilidad mínima exigidos por la Superintendencia Financiera, de manera que el reintegro de dicho rubro violaría los principios de buena fe, confianza legítima y debido proceso. Precisó que, en cuanto a las primas del seguro previsional debía tenerse en cuenta que los mismos estaban destinados para cubrir las contingencias de invalidez y muerte, por lo que no se encontraban en poder de la entidad, sino que habían sido trasladados a la aseguradora contratada y durante la permanencia de la actora en el RAIS había estado cubierta respecto de dichas contingencias.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar: ***i)*** si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Porvenir S.A., y posteriormente a Skandia, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por el promotor del litigio en el RAIS, junto con los gastos de administración y demás deducciones; ***ii)*** si hay lugar a condenar a Colpensiones al pago de costas procesales en primera instancia.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la señora Carmen Yaneth Piedrahita Posada nació el 29 de noviembre de 1966; ***ii)*** que se afilió al ISS donde aportó desde el 06/04/1988, hasta el 31/01/1996, un total de 149,57 semanas; ***iii)*** que el **19 de enero de 1996**, se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir, cuando suscribió el formulario de afiliación; y ***iv)*** posteriormente hizo traslados horizontales con Skandia el 19 de enero de 2001, y retornó a Porvenir el 17 de septiembre de 2013, y se volvió afiliar a Skandia el 7 de

mayo de 2018, en donde permanece afiliada en la actualidad; lo anterior, tal y como se desprende de los archivos 02, 04, 05 y 06 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.° del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»,* haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «*poder tomar decisiones informadas»*.

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

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**19 de enero 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 suscrito el **19 de enero 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.

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

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

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

Ahora bien, la teoría de la afiliación tacita o de los actos de relacionamiento que implican ratificación del afiliado de permanecer en el RAIS y que refiere una de las

sentencia de la Sala 4ª Laboral de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia, **no es admisible** porque va en contravía de la jurisprudencia emitida por la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia, que tiene determinado que la validez del traslado de régimen pensional se examina al momento del traslado del RPM al RAIS, por ende, debe evaluarse qué información le fue entregada al potencial afiliado para tomar esa decisión, justo en ese preciso momento o previo a este. Sobre las decisiones tomadas por esa Sala de Descongestión, en sentencia CSJ SL1055-2022, se indicó:

> *Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.*
>
> *Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión.* ***En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad****.* (Negrillas fuera del texto original).
>
> ***De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial****.* (Negrillas fuera del texto original).
>
> *Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.*
>
> *Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.*

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 y Porvenir al señalar que 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, máxime en este caso, donde el afiliado al momento de firmar el formulario de traslado en 2003, era beneficiario del régimen de transición en razón a las semanas cotizadas que superaban las 750, y por ello el deber de información y el análisis a su caso en particular debía ser mucho más riguroso, pero aquí Porvenir no demostró siquiera que hubiese entregado información básica.

Cabe precisar que además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, 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*».

Y es que no puede perderse de vista que, el traslado de régimen reviste un aspecto fundamental y trascendental en la vida laboral de cualquier afiliado, por cuanto está de por medio el acceso a un derecho fundamental, con es el de la pensión de vejez, de tal suerte que lo mínimo que podría esperarse por parte de los fondos de pensiones, es que de esa importante decisión existan los registros documentales, fílmicos o de cualquier otra naturaleza probatoria que permitan corroborar que dio a conocer al futuro afiliado todos los pormenores, consecuencias e implicaciones que ese cambio de régimen significaba, así como las características de uno y otro régimen 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; 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.

De otra parte, cabe señalar que no es obligatorio para esta Sala de Decisión dar aplicación a sentencias proferidas por otras Salas Laborales de este Tribunal como lo pretende el recurrente, pues se trata de un precedente horizontal, el cual no resulta vinculante, máxime cuando el que aquí se acoge, es el vertido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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 cambió 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). Al respecto, se observa que el Juzgador dio la orden de reembolso en los términos previamente establecidos, entendiéndose que una vez los fondos privados trasladen los emolumentos enunciados a Colpensiones, dicha entidad deberá dar trámite a las obligaciones objeto de condenada, por lo que se confirmará integralmente su decisión.

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; 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, por esta razón, no se acogen los fundamentos esbozados por Porvenir y Skandia.

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).

DEL COMUNICADO DE PRENSA DE LA SENTENCIA SU-107 DE 2024.

El pasado 9 de abril de 2024, la Corte Constitucional emitió un comunicado de prensa sobre la aludida sentencia que tiene como propósito modular el precedente de la Corte Suprema de Justicia en materia probatoria en procesos ordinarios donde se discute la ineficacia del traslado de afiliados entre los dos regímenes pensionales por problemas de información ocurridos entre 1993 y 2009; no obstante, como a la fecha, la providencia en sí no ha sido publicitada y dada a conocer al público, la Sala

considera que dicho comunicado no tiene fuerza vinculante, tal como la misma Corte Constitucional lo explicó en Auto 201 del 2013, así:

> *7. Al respecto, esta Sala Especial recuerda que el alcance de los comunicados de prensa es meramente informativo, que no son sentencias y, en esa medida, al no responder a las características propias de las providencias judiciales, no se les confiere fuerza vinculante de ninguna índole. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que:*
>
> > *"el Reglamento Interno de la Corte Constitucional, en el literal c) de su artículo 9º, establece como función del Presidente de la Corporación la de "servir a la Corte de órgano de comunicación", de modo que "sólo él podrá informar oficialmente de los asuntos decididos en Sala Plena" y, precisamente, en ejercicio de esta función, el presidente expide y firma los comunicados de prensa, cuyo carácter es meramente informativo, según lo ha puesto de presente la Corporación al señalar que "son un medio expedito para dar a conocer a los ciudadanos las sentencias que profiere la Corte, pero no reemplazan la decisión misma".*
>
> *8. En esa medida, la Corte ha reconocido la posibilidad de que se presenten variaciones entre el comunicado de prensa y la sentencia "documentada y firmada". Así, atendiendo a las discrepancias que pueden surgir entre uno y otro, de una parte, y a la naturaleza y alcance que diferencian los comunicados de prensa de las providencias judiciales, de la otra, la Corte Constitucional sostuvo que no se le puede otorgar al comunicado "capacidad para afectar la providencia cuya adopción se limita a anunciar", pues "se le conferiría una fuerza vinculante que, fuera de no corresponderle, enervaría la sentencia misma y la vaciaría de su contenido y de su valor".*
>
> *9. Bajo el mismo argumento, esta Sala Especial considera que no se le debe otorgar al comunicado de prensa de una determinada sentencia la capacidad para afectar otra providencia que ya se adoptó y que está en firme (…)* (Subrayado del texto original).

PRESCRIPCIÓN

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

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

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA – APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

En cuanto a la absolución a Colpensiones respecto de la condena en costas en primera instancia, cabe mencionar que la misma resulta procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP, establece de manera clara que debe ser

condenado en costas a la parte vencida en el proceso, luego al resultar vencida en juicio en tanto, tiene que recibir los emolumentos trasladados por las AFP privadas y actualizar la historia laboral de la demandante, además de presentar oposición a las pretensiones de la demanda, debe ser condenada en costas.

En consecuencia, se revocará la decisión en este punto.

COSTAS

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal sexto de la sentencia proferida por el Juzgado 42 Laboral del Circuito de Bogotá, en su lugar se **CONDENA** a Colpensiones al pago de costas y agencias en derecho en primera instancia, las cuales deberán ser tasadas por el *a quo.*

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 42 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
007 2020 00242 01

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Skandia y Porvenir, en la suma de $1.300.000 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	**11001310500720190049901**
CLASE DE PROCESO	**ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE	**LIBIA ROSIO CUBILLOS SÁNCHEZ**
DEMANDADO	- **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** - **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** - **SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**
LLAMADA EN GARANTÍA	**MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**

En Bogotá D. C. a los Treinta (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), 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, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **Libia Rosio Cubillos Sánchez** se declare la anulación por ineficacia de la afiliación y del traslado al RAIS, ante la omisión de la AFP Porvenir del deber profesional de información. En consecuencia, se ordene el traslado y afiliación a Colpensiones como si nunca se hubiera ido de dicho régimen, a la AFP Porvenir S.A. 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, debiendo asumir el fondo privado con su propio patrimonio la disminución de su capital; que en caso de haberse otorgado previamente pensión por parte del fondo privado al momento de dictarse sentencia, se siga pagando la misma hasta tanto sea trasladada al RPM y sea incluida en nómina, al pago de costas y

agencias en derecho y a lo que resulte probado ultra y extra petita (f° 4 y 5, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 1 a 2, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que fue afiliada al Sistema de Seguridad Social en Pensiones a partir del 2 de junio de 1988; que como consecuencia de la publicidad y de la gestión realizada por los fondos privados se trasladó del régimen en el que se encontraba al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. el 9 de julio de 1999.

Describió que, la AFP Porvenir S.A. a través de sus promotores solamente se limitó a llenar un formato preestablecido por él mismo para la afiliación, sin entregarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto de las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el RAIS, versus las consecuencias negativas o específicas de abandonar el régimen al cual se encontraba afiliado y sus implicaciones sobre los derechos pensionales que debía tener en cuenta, no se le entregó una proyección, ni comparativos de lo que sería el valor de su mesada, tanto en el RPM como en el RAIS, tampoco se le informó hasta que edad debía cotizar en el fondo privado y con qué salarios, para alcanzar una pensión de vejez por lo menos igual o equivalente al que recibiría en el RPM, no se le dijo que si quería pensionarse en el RAIS de forma anticipada debía negociar el bono pensional y que eso traería la disminución de su pensión, entre otra información relevante.

Reseñó que, solicitó ante Porvenir S.A. que le diera copia de los documentos que le entregó para haber tomado la decisión de traslado de régimen, los cuales no le fueron entregados; que solicitó ante Colpensiones y Porvenir la anulación de su traslado, la primera entidad no dio respuesta, y la segunda negó la solicitud. Refirió que, de haber continuado en el RPM su mesada pensional correspondería a la suma de $2.915.751, mientras que en el RAIS sería de $828.117.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f° 255 a 271, 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 actora, su afiliación a Porvenir y el agotamiento de la reclamación administrativa; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones de fondo, descapitalización del sistema pensional, no configuración al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria e innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A**., contestó (f° 329 a 368, archivo 01 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos en la forma redactada. Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y genérica.

A través de providencia del 9 de febrero de 2022, se ordenó la vinculación de Skandia S.A. (archivo 24, carpeta 1ª inst. exp. digital).

La **AFP SKANDIA S.A**., contestó (archivo 27, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, señaló que no eran ciertos o no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones de fondo, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, actos de relacionamiento, Skandia ni participó, ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia del deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares, ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal, falta de interés negociable, prescripción de la acción, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro, gastos de administración, buena fe y genérica.

Adicionalmente, dicho fondo de pensiones solicitó el llamamiento en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (fs.° 54 archivo 27, carpeta 1ª inst, exp. digital), en virtud de los contratos de seguro previsional suscritos entre dicha entidad y SKANDIA, el que fue admitido por el Juzgado de origen (archivo 29 carpeta 1ª inst, exp. digital). Una vez notificada esa aseguradora, contestó la demanda señalando que se oponía a las pretensiones de esta y que no le constaba ningún hecho.

Formuló como excepciones de mérito, las que denominó: el acto jurídico de afiliación al RAIS fue debidamente informado y todas las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de *«autonomía de la voluntad»*, sin estar medidas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas y válidas, inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación a *«Skandia administradora de fondos de*

Pensiones y Cesantías S.A.», prescripción de la acción de nulidad, legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional, reconocimiento oficioso de excepciones.

Frente al llamamiento en garantía, se opuso también a las pretensiones y en cuanto a los hechos aceptó las pólizas que adquirió Skandia, advirtiendo que amparaban única y exclusivamente los riesgos de muerte por riesgo común, invalidez por riesgo común y auxilio funerario, asimismo advirtió que si se llegare a ordenar la devolución de los aportes contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones, esa orden debía afectar solamente a la llamante en garantía, quien conforme a la Ley es quien administra esas cuentas. Como excepciones propuso, frente a la acción material ejercida por la parte demandante, Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. carece de amparo y/o cobertura, pues el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. no se encuentra obligada a efectuar devolución de la prima, ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente devengada y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda que afecten a la llamante, AFP Skandia y por lo mismo, no esta obligada a restitución alguna, inexistencia del derecho contractual por parte de Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y reconocimiento oficioso de excepciones.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 20 de noviembre de 2023 (archivo 47 carpeta 1ª inst, exp. Digital), resolvió:

> ***PRIMERO: DECLARAR*** *la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por La señora demandante LIBIA ROSIO CUBILLOS SÁNCHEZ con la AFP PORVENIR a el 09 de julio de 1999, y la posterior vinculación con la AFP SKANDIA el 10 de JULIO de 2009 y con la AFP PORVENIR el 27 de abril de 2012.*
>
> ***SEGUNDO: ORDENAR*** *al fondo PORVENIR a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora demandante LIBIA ROSIO CUBILLOS SÁNCHEZ, dineros que deben incluir todos 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: *Se le* ***ORDENA*** *a PORVENIR Y SKANDIA a devolver a Colpensiones, todos los descuentos realizados a los aportes pensionales de la demandante desde julio de 1999, cuando ocurrió el traslado del régimen pensional, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y 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.*

Al momento de cumplirse esta orden judicial, para lo cual se le concede a PORVENIR y SKANDIA el término de treinta (30) días, contados a partir de la notificación del auto de obedecimiento al Superior, deben presentar al juzgado un informe discriminando detalladamente con los respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, el valor de los descuentos de los aportes, el valor de la indexación de los descuentos que igualmente debe reintegrarse a Colpensiones y toda la información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia.

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

QUINTO: *Dadas las resultas del proceso se declaran no probadas las excepciones presentadas por la COLPENSIONES, SKANDIA PORVENIR, y MAPFRE SEGURO. Igualmente, se declaran probadas las excepciones propuestas por Mapfre respecto al llamamiento en garantía que le hizo SKANDIA.*

SEXTO: *La condena en costas son a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR, SKANDIA Y MAPRE, dada la oposición a las pretensiones de la demandante y a favor de esta. Las agencias en derecho se tasan en 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR, SKANDIA Y MAPRE. Igualmente se condena en costas a SKANDIA y a favor de MAPRE por la prosperidad de las excepciones propuestas contra el llamamiento en garantía. Las agencias en derecho igualmente se tasan en 2 SMMLV*

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que los Fondos Privados de Pensiones, desde su fundación, tenían la obligación de suministrar a los usuarios de los servicios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realizaran, de suerte que les permitiera 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 Decreto 663 de 1993 y el Decreto 656 de 1994. Resaltó 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.

Arguyó que, ese deber de informar no nació a partir de la norma que reformó la Ley 100 de 1993; que respecto a esa evolución normativa del deber de información en cabeza de la AFP, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL1452 de 2019, aclaró y sintetizo el tema, en tres etapas: ***i)*** deber de información, artículo 13, literal b), artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; encontrándose la AFP

en esta etapa al momento en que se efectuó el traslado de la demandante al RAIS, esto es, en el año 1999, por lo que tenía como mínimo el fondo de ilustrar las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales vigentes; ***ii)*** en esta etapa, con la Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010, el legislador introdujo el deber de asesoría y buen consejo; ***iii)*** con la ley 1748 de 2014 y Decreto 2061 de 2015, se introdujo la doble asesoría.

Refirió que, no podía olvidarse que de acuerdo con lo enseñado por la Corte, el deber de información debió cumplirse desde la pre afiliación al sistema y durante su permanencia al fondo privado. De otro lado, señaló que al afirmar la actora que no recibió asesoría al momento del traslado pensional, se estaba frente a un supuesto negativo que debía valorarse frente a lo dispuesto en el artículo 167 del CGP, en cuanto a que las negaciones indefinidas no requerían de prueba, por lo que era obligación de la AFP probar que sí había suministrado la información suficiente, lo cual también tenía asidero con lo señalado en el artículo 1604 del Código Civil.

Precisó que, de las pruebas que fueron arrimadas por las partes al proceso y las que se habían practicado y conforme a lo normado en los artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, debía indicarse que en este caso no obraba ningún medio probatorio de convicción que brindara certeza y veracidad suficiente de que Porvenir al momento de vincular a la demandante al RAIS y como su afiliada desde 1999, le hubiera suministrado información veraz, clara, precisa y detallada respecto a las consecuencias que sería para su futuro pensional la decisión de vincularse a ese fondo privado, sin que del interrogatorio de parte rendido por la actora se hubiera conseguido algún tipo de confesión , igualmente debía tenerse en cuenta que los formularios de afiliación no constituían un medio probatorio suficiente como para inferirse de ellos de que se había proporcionado una información adecuada.

Añadió que, tampoco podía considerarse que al haber ratificado la promotora del litigio su ratificación al RAIS, era que conocía su forma de operar, por los cambios de afiliación entre distintas AFP dentro de dicho régimen, ya que lo relevante era la información que se había brindado en su vinculación primigenia, concluyendo que el traslado realizado por la actora del RPM al RAIS no había estado acorde al estatuto de seguridad social y a las reglas de libertad de escogencia del sistema.

Finalmente, señaló que no condenaría a Mapfre Seguros respecto al llamamiento en garantía que había hecho Skandia, teniendo en cuenta que la póliza

que habían suscrito no encajaba dentro de los conceptos que se estaban ordenando trasladar a Colpensiones, en razón a que la misma solo cubría el pago de la suma adicional para completar el capital para financiar el monto de la pensión de invalidez o sobrevivientes. Respecto a las costas, dijo que estarían a cargo de Colpensiones, Porvenir, Skandia y Mapfre dada su oposición a las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES sustentó su recurso manifestando que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen se había fundamentado en la falta del deber de información que debió haber brindado las AFP al momento de la suscripción del formulario, pasando por alto el Juzgado que para la fecha, la normatividad vigente era la Ley 100 de 1993, que disponía que solo bastaba con la aceptación espontánea, libre y sin presiones de un afiliado para trasladarse de régimen, lo cual se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación, así las cosas, el alcance de la asesoría que debió brindarse al momento de la afiliación debían ser valorados bajo la normativa vigente para la fecha de suscripción del formulario, no siendo razonable que se impusiera obligaciones y soportes de información que no estaban previstos en el ordenamiento jurídico, lo cual afectaba el principio de confianza legítima, legalidad, debido proceso y relatividad jurídica.

De otra parte, refirió que en este asunto la accionante había permanecido por más de 24 años en otra administradora, por lo que Colpensiones resultaba lesionada con la decisión adoptada, esto en cuanto a la afectación del equilibrio y la sostenibilidad financiera del sistema consagrados en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, adicionalmente el artículo 2 de la ley 797 de 2003, hace una prohibición expresa de que el afiliado no puede trasladarse de régimen cuando le faltare diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, requisito que no era caprichoso, sino que tenía su razón de ser, que es proteger el fondo común que Colpensiones usa para pagar las respectivas pensiones a las personas que efectivamente cumplen con los requisitos estipulados en la normativa pensional y así no generar un desequilibrio patrimonial, lo cual tiene sustento en la sentencia C 1024 de 2004, reiterada en la sentencia C 062 del 2010.

En otro punto, solicitó fuera absuelta a la condena en costas, teniendo en cuenta que es un tercero en el asunto y actuó en estricto cumplimiento del orden legal, sin haber tenido injerencia en la decisión que tomó el demandante de trasladarse de

régimen, aunado a que revisado el expediente su decisión había sido autónoma, libre y voluntaria, debiéndose tener en cuenta el inciso 5, artículo 48 de la Constitución Política y el numeral 5, del artículo 365 del CGP.

La **AFP PORVENIR** pidió fuera revocada la sentencia de forma parcial en relación a los gastos de administración, prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, los cuales debían trasladarse de forma indexada, teniendo en cuenta que no había lugar a generar una devolución de dichos montos, ya que correspondían a una obligación de tracto sucesivo, teniendo en cuanta que con los mismos no se financiaba la pensión de la demandante.

Sostuvo que, los gastos de administración correspondían a una cuota que se descontaba por la buena gestión que había hecho la entidad en el manejo de los aportes, los cuales le habían generado unos rendimientos, por lo que de ser trasladados daría lugar a un enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones. Frente a la indexación, acotó que las sumas mencionadas ya se encontraban actualizadas monetariamente, de manera que ordenarse que fuera indexadas generarían una doble condena para el fondo, ya que los rendimientos al ser sumas actualizados superaban cualquier devaluación económica que se pudiera haber presentado, debiéndose tener en cuenta la decisión adoptada por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, en el cual se indicó frente a la indexación: *«la Sala considera que no hay lugar a dicha imposición, toda vez que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que podría haberse generado en los emolumentos a retornar».*

La **AFP SKANDIA** manifestó su inconformidad respecto a la devolución de gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima de manera indexada, teniendo en cuenta que existe una norma expresa como lo es el Decreto 3995 de 2008, que determina qué emolumentos deben trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, donde no se contempla lo ordenado por el Juez, además de que durante la permanencia de la demandante a dicho fondo se dio una correcta y eficiente administración de los aportes que le generaron unos rendimientos, de igual manera, ponía de presente que los aportes de la actora habían sido trasladados el 31 de mayo de 2012, por lo que no contaba con recurso alguno y su cuenta se encuentra inactiva.

También refirió su descontento frente a la absolución de la aseguradora MAPRE, dado que al ser condenada a la devolución de las primas de seguros previsionales prosperaba la demanda en llamamiento en garantía, más aún que al declararse la ineficacia del traslado, se dejaba sin efecto alguno el contrato de seguro que nació y surgió a raíz del contrato que existió entre Skandia y la parte de actora, perdiéndose un elemento, por lo que en virtud del artículo 1127 del Código de Comercio cuando falta algún elemento debe la aseguradora restituir las sumas recibidas.

Por último, suplicó que en caso de confirmarse la sentencia se revocara en relación a la indexación, en tanto no había sido solicitado en la demanda y se había ordenado la devolución de unos rendimientos con los cuales se estaría compensando la depreciación del poder adquisitivo de la moneda, de no acceder a dicha solicitud se estaría sancionando a las administradoras dos veces por un mismo hecho.

La aseguradora **MAPFRE** interpuso recurso para que se absolviera la decisión del *a quo* sobre la condena en costas en su contra, comoquiera que no es parte de la relación jurídico material debatida en la demanda, pues las mismas no estaban dirigidas hacía ella, siendo un tercero que sobreviene en el juicio con ocasión de una relación asegurativa invocada por Skandia, por lo cual no puede entenderse como parte vencida dentro del proceso.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir, Skandia, Mapfre 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, ***i)*** si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Porvenir S.A., y posteriormente a Skandia, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por la promotora del litigio en el RAIS; ***ii)*** si la aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. debe responder por las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia; y ***iii)*** si

debe condenarse en costas en primera instancia a la demandada Colpensiones y a la llamada en garantía Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la señora Libia Rosio Cubillos Sánchez nació el 17 de febrero 1967; ***ii)*** que se afilió al ISS donde aportó desde el 02/06/1988, hasta el 31/08/1994, un total de 108,71 semanas; ***iii)*** que el **9 de julio de 1999**, se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir, cuando suscribió el formulario de afiliación; y ***iv)*** que el 10 de julio de 2009, se trasladó al fondo de pensiones Skandia y el 27 de abril de 2012, nuevamente retorno a Porvenir S.A. en donde permanece afiliada en la actualidad; lo anterior, tal y como se desprende de los archivos 01, 02, 18, 27 y 39 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.° del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»,* haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «*poder tomar decisiones informadas»*.

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir

entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

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

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

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

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

Así, para la fecha en que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**9 de julio de 1999**-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP suscrito el **9 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.

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

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

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

Ahora bien, la teoría de la afiliación tacita o de los actos de relacionamiento que implican ratificación del afiliado de permanecer en el RAIS, con fundamentó en una sentencia de la Sala 4ª Laboral de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia, **no es admisible** porque va en contravía de la jurisprudencia emitida por la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia, que tiene determinado que la validez del traslado de régimen pensional se examina al momento del traslado del RPM al RAIS, por ende, debe evaluarse qué información le fue entregada al potencial afiliado para tomar esa decisión, justo en ese preciso momento o previo a este. Sobre las decisiones tomadas por esa Sala de Descongestión, en sentencia CSJ SL1055-2022, se indicó:

> *Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.*
>
> *Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión.* ***En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad****.* (Negrillas fuera del texto original).
>
> ***De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial****.* (Negrillas fuera del texto original).
>
> *Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.*

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

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 se le impuso a Porvenir S.A. 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.

Frente al reparo formulado por Colpensiones según el cual para la fecha en que la demandante llevó a cabo el traslado al RAIS no le era exigible a la AFPS suministrar la información con el detalle que se requiere, la 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*».

Y es que no puede perderse de vista que, el traslado de régimen reviste un aspecto fundamental y trascendental en la vida laboral de cualquier afiliado, por cuanto está de por medio el acceso a un derecho fundamental, con es el de la pensión de vejez, de tal suerte que lo mínimo que podría esperarse por parte de los fondos de pensiones, es que de esa importante decisión existan los registros documentales, fílmicos o de cualquier otra naturaleza probatoria que permitan corroborar que dio a conocer al futuro afiliado todos los pormenores, consecuencias e implicaciones que ese cambio de régimen significaba, así como las características de uno y otro régimen 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; 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.

De otra parte, cabe señalar que no es obligatorio para esta Sala de Decisión dar aplicación a sentencias proferidas por otras Salas Laborales de otros Tribunales del país como lo pretende el recurrente, pues se trata de un precedente horizontal, el cual no resulta vinculante, máxime cuando el que aquí se acoge, es el vertido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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 cambió 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). Al respecto, se observa que el Juzgador dio la orden de reembolso en los términos previamente establecidos, entendiéndose que una vez los fondos privados trasladen los emolumentos enunciados a Colpensiones, dicha entidad deberá dar trámite a las obligaciones objeto de condenada, por lo que se confirmará integralmente su decisión.

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; 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, por esta razón, no se acogen los fundamentos esbozados por Porvenir y Skandia.

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).

Lo anterior, no vulnera el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como

ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

DEL COMUNICADO DE PRENSA DE LA SENTENCIA SU-107 DE 2024.

El pasado 9 de abril de 2024, la Corte Constitucional emitió un comunicado de prensa sobre la aludida sentencia que tiene como propósito modular el precedente de la Corte Suprema de Justicia en materia probatoria en procesos ordinarios donde se discute la ineficacia del traslado de afiliados entre los dos regímenes pensionales por problemas de información ocurridos entre 1993 y 2009; no obstante, como a la fecha, la providencia en sí no ha sido publicitada y dada a conocer al público, la Sala considera que dicho comunicado no tiene fuerza vinculante, tal como la misma Corte Constitucional lo explicó en Auto 201 del 2013, así:

> *7. Al respecto, esta Sala Especial recuerda que el alcance de los comunicados de prensa es meramente informativo, que no son sentencias y, en esa medida, al no responder a las características propias de las providencias judiciales, no se les confiere fuerza vinculante de ninguna índole. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que:*
>
> > *"el Reglamento Interno de la Corte Constitucional, en el literal c) de su artículo 9º, establece como función del Presidente de la Corporación la de "servir a la Corte de órgano de comunicación", de modo que "sólo él podrá informar oficialmente de los asuntos decididos en Sala Plena" y, precisamente, en ejercicio de esta función, el presidente expide y firma los comunicados de prensa, cuyo carácter es meramente informativo, según lo ha puesto de presente la Corporación al señalar que "son un medio expedito para dar a conocer a los ciudadanos las sentencias que profiere la Corte, pero no reemplazan la decisión misma".*
>
> *8. En esa medida, la Corte ha reconocido la posibilidad de que se presenten variaciones entre el comunicado de prensa y la sentencia "documentada y firmada". Así, atendiendo a las discrepancias que pueden surgir entre uno y otro, de una parte, y a la naturaleza y alcance que diferencian los comunicados de prensa de las providencias judiciales, de la otra, la Corte Constitucional sostuvo que no se le puede otorgar al comunicado "capacidad para afectar la providencia cuya adopción se limita a anunciar", pues "se le conferiría una fuerza vinculante que, fuera de no corresponderle, enervaría la sentencia misma y la vaciaría de su contenido y de su valor".*
>
> *9. Bajo el mismo argumento, esta Sala Especial considera que no se le debe otorgar al comunicado de prensa de una determinada sentencia la capacidad para afectar otra providencia que ya se adoptó y que está en firme (…)* (Subrayado del texto original).

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Frente al reparo formulado por Skandia S.A. encaminado a que se ordene la devolución de las primas de seguro canceladas por esta, con cargo a Mapfre Colombia Vida S.A., se indica que el mismo no está llamado a prosperar, pues a criterio de la Sala, tal reembolso en modo alguno debe ser asumido por la aseguradora, debido a que esta fue ajena a los actos de afiliación y traslado que dieron lugar a la ineficacia que se declara. Sumado a ello, los riesgos asegurados no son otros más que la muerte, invalidez por riesgo común, incapacidad temporal y auxilio funerario, sin que de allí se desprenda que la aseguradora deba garantizar patrimonialmente las obligaciones impuestas en el presente juicio, dado que su responsabilidad se limita únicamente a las coberturas contratadas, esto es frente la invalidez y sobrevivencia, respecto de la afiliación del promotor de la contienda, al fondo de pensiones Skandia, hecho que no se consumó hasta la data de la esta providencia, de tal suerte que ninguna obligación surgió a cargo de la aseguradora por tales contingencias.

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.

En consecuencia, se confirmará la decisión en este punto también.

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA

En cuanto a la condena en costas a cargo de Colpensiones en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas a la parte vencida en el proceso, luego al resultar vencidas en juicio en tanto, tiene que recibir los emolumentos objeto de condena y actualizar la historia laboral de la demandante, además de presentar oposición a las pretensiones de la demanda, debe ser condenada en costas.

La anterior situación fáctica, no es la misma frente a la de Mapfre Colombia Vida S.A, pues si bien se opuso a las pretensiones de la demanda, no resultó vencida en juicio, ya que fue absuelta respecto a las pretensiones del llamamiento en garantía solicitado por la AFP Skandia, decisión que se confirmó en esta instancia, por lo que se revocará la condena impuesta en su contra.

COSTAS

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal quinto de la sentencia proferida por el Juzgado 7 Laboral del Circuito de Bogotá, en su lugar se **ABSUELVE** a Mapfre Colombia Vida S.A de la condena en costas en primera instancia.

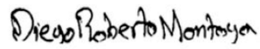
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
007 2019 00499 01

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones, la AFP Porvenir, y Skandia, la suma de $1.300.000 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	**11001310500420200007201**
CLASE DE PROCESO	**ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE	**LUZ DARY BENÍTEZ SÁENZ**
DEMANDANDO	**UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), 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 Dary Benítez Sáenz** se declare que en calidad de compañera permanente del señor José Fernando Martín Segura tiene derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional desde el 22 de julio de 2017. En consecuencia, se condene a la UGPP al reconocimiento y pago de la prestación, a que las sumas a reconocer sean debidamente indexadas, al pago de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a lo que resulte probado ultra y extra petita, al pago de costas y agencias en derecho (f° 3 a 4, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 3 a 4, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital), señaló que, el día 9 de febrero de 1996, se le reconoció pensión a favor del señor José Fernando Martín Segura en cuantía de $133.174,31; que mediante resolución No. 21507 del 5 de agosto de 2022, se le reliquidó la mesada pensional en $163.271,72.

Narró que, conoció a el causante en el año 1996, en el asadero de pollos de su propiedad llamado «*las cabañitas*» ubicado en la carrera 76 C No. 14-15 de Bogotá; que para el año 2010, decidieron convivir bajo el mismo techo de forma permanente e ininterrumpida en la habitación que ocupaba en calidad de arrendataria en la calle 14B No. 79 B -18 barrio visión Colombia de la ciudad de Bogotá; que el día 14 de noviembre de 2011, decidieron irse a vivir en la casa de propiedad del señor José Fernando Martín Segura inmueble ubicado en la carrera 79 G No. 14-04 de Bogotá.

Relató que, el señor José Fernando Martín padecía diversas enfermedades que le afectaron sus extremidades inferiores, por lo que era ella quien le hacía las curaciones diariamente, además de apoyarlo y acompañarlo en su tratamiento médico; que el día 13 de diciembre de 2013, el causante libre y voluntariamente decidió afiliarla como beneficiaria en salud en Compensar EPS en calidad de cónyuge.

Agregó que, el día 21 de julio de 2017, falleció el señor José Fernando Martín; que el día 3 de agosto de 2018, se presentó ante la entidad demandada solicitando el reconocimiento de la pensión; que a través de resolución RDP 040883 del 11 de octubre de 2018, la demandada UGPP negó la prestación, al no encontrarse probado que hubiera vivido con el causante ininterrumpidamente no menos de 5 años hasta el momento de su fallecimiento; que frente a la anterior decisión interpuso los recursos de reposición y apelación, los cuales se desataron a través de las resoluciones RDP 046088 del 6 de diciembre de 2018 y RDP 046304 del 10 de diciembre de 2018, en los que se mantuvo en la negativa al reconocimiento de la pensión reclamada.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP** contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma. En cuanto a los hechos, aceptó la calidad de pensionado que ostentaba el señor José Fernando Martín Segura, la fecha de su fallecimiento y el agotamiento de la reclamación administrativa; respecto de los demás hechos dijo que no le constaban. Como excepciones de mérito, formuló inexistencia del derecho y prescripción (archivo 08, carpeta 1 instancia, exp. Digital).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 4 de agosto de 2022 (carpeta 3, carpeta 1 instencia, expediente digital), resolvió:

> ***PRIMERO: ABSOLVER*** *a la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCAL - UGPP- las pretensiones incoadas por la demandante.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *en costas a la parte actora, de fijan como agencias en derecho la suma de ½ SMLMV.*

Para fundamentar su decisión señaló el *a quo* que para demostrar la convivencia que había tenido la señora Luz Dary Benítez Sáenz con el causante, se había aportado copia declaraciones extra juicio rendidas ante la Notaría 53 de Bogotá por José Isaías Palacios Arévalo y María del Carmen Casas Castiblanco, declaraciones que no ofrecían credibilidad, pues ambos declarantes manifestaban que la convivencia con el pensionado fallecido había iniciado el 14 de noviembre de 2011; sin embargo, conocían a la señora Luz Dary Benítez desde fecha posterior a la informada como de inicio de la convivencia, lo cual dejaba serias dudas sobre la fecha de inicio en que se juntó la demandante y el causante, por lo que consideraba que no era posible tener las declaraciones extra proceso como evidencia del requisito de convivencia.

De otro lado, indicó que se había aportado certificación expedida por Compensar en el que daba cuenta que la actora había estado afiliada en calidad de beneficiaria del

causante José Fernando Martín Segura desde el 13 de diciembre 2013, y había conservado tal calidad hasta el 23 de agosto de 2017, lo cual fue confirmado por la misma demandante en el numeral octavo del escrito de demanda, de donde se desprendía que dicha unión había sido por un lapso de tres años, 8 meses y 9 días, es decir, que no se encontraba acreditado los 5 años de convivencia exigidos por la Ley.

Arguyó que, del interrogatorio de parte rendido por la actora frente al anterior hecho, había explicado que no estuvo afiliada como beneficiaria con anterioridad porque se encontraba afiliada al Sisbén recibiendo un tratamiento del cual no había dado detalles, ni había allegado soporte alguno. Adujo el sentenciador que una situación que le había llamado la atención es que la señora Luz Dary había manifestado que no conocía la fecha de nacimiento del causante, justificando la promotora del litigio que ese desconocimiento se debía a que el señor José Fernando no le gustaba tomarse fotografías y no le gustaba celebrar su cumpleaños; sin embargo, en la prueba testimonial se había afirmado que al señor José Fernando sí le gustaban las celebraciones.

Acotó que, otros de los motivos que le llamaban la atención es que la señora Luz Dary no tenía conocimiento del valor de la mesada pensional de su pareja, adicionalmente, había observado que el testimonio rendido por la señora María del Carmen Casas Castiblanco existía contradicciones con lo expuesto en la declaración extra juicio, pues en la mencionada declaración extra procesal había dicho que conocía a la demandante desde el año 2011, y en audiencia había manifestado que desde hacía 30 años la conocía; que al preguntarle cuál sería la fecha probable de inicio de la relación sentimental o de convivencia que había existido entre la demandante y José Fernando Martín, indicó a finales del año 2011, o creo 2011, después dijo 2010, o agosto de 2011, es decir, que no había dado una respuesta segura, mientras que en la declaración extra juicio había dicho con precisión que había sido en noviembre del año 2011.

Frente a la testigo Aidé Peláez Gutiérrez, refirió que tampoco había sido concreta en relación con la fecha en que la actora había iniciado su convivencia con el causante, pues al requerirse varias veces sobre la fecha de inicio, en algunos casos indicó 2010 o

2011, pero no se acreditaba su presencia en el lugar de los hechos; en cuanto a la versión rendida por el señor José Isaías Arévalo, sostuvo que tampoco había sido creíble, pues le parecía paradójico que manifestara que conocía hacía 30 años al causante porque eran vecinos, pero que al preguntarle por el nombre de su anterior pareja dijo que no sabía, además había dicho que el señor José Fernando murió en Bogotá cuando en realidad murió en Piedras – Tolima; concluyó que de acuerdo a todo lo anterior, no se encontraba acreditado el mínimo de convivencia entre la demandante y el causante, por lo que negaba el derecho reclamado.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que cumple con los requisitos establecidos en el numeral 1 artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en cuanto a la convivencia con el pensionado causante José Fernando Martín Segura, lo cual se encontraba plenamente demostrado con las pruebas testimoniales que fueron traídas al proceso, exactamente en relación con las declaraciones de María del Carmen Casas, José Isaías Palacios y Aidé Peláez Gutiérrez, quienes habían sido unánimes en manifestar que el señor José Fernando Martín era su compañero permanente y que convivieron bajo el mismo techo en forma permanente e ininterrumpida desde el mes de noviembre del 2011, hasta la fecha del fallecimiento del causante.

Asimismo, habían indicado que ella dependía económicamente de Fernando, toda vez que se había dedicado al cuidado moral, corporal y bienestar de su compañero, igualmente habían expresado que la pareja convivía en la casa del causante toda vez que los hijos del señor José Fernando lo habían abandonado, por lo que no dependían económicamente de nadie, sino solamente subsistían de la pensión, también se encontraba acreditado dentro del proceso que el señor Martín Segura la había afiliado a la EPS como su beneficiaria, y no lo hicieron inmediatamente cuando se fueron a vivir juntos por el tratamiento médico que le venían realizando en el Sisbén.

Puso de presente lo dispuesto en el artículo 53 de la CN, donde se indica que priman las realidades sobre las formas, es decir, que era real que había convivido con

el causante bajo el mismo techo de forma permanente e ininterrumpida por más de cinco años, siendo la persona que veló por su estado de salud, por su bienestar y lo auxilió hasta el último día de su vida.

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 la apelante.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que el señor José Fernando Martín Segura falleció el 21 de julio de 2017; ***ii)*** que en vida, al señor Martín Segura le había sido reconocida la pensión por parte de la entidad demandada mediante resolución No. 1254 del 9 de febrero de 1996, en cuantía de $133.174,31, efectiva a partir del 8 de noviembre de 1994; ***iii)*** que a través de resolución No. 21507 del año 2002, le fue reliquidada su mesada pensional; ***iv)*** que la señora Luz Dary Benítez Sáenz reclamó el derecho a la pensión en su calidad de compañera permanente sobreviviente el día 3 de agosto de 2018, la cual se negó mediante resolución No. 040883 del 11 de octubre de 2018; ***v)*** que frente a la anterior decisión interpuso recurso de reposición y apelación, los cuales se resolvieron por medio de los actos administrativos RDP 046088 del 6 de diciembre de 2018 y RDP 046304 del 10 de diciembre de 2018, en los que se confirmó la negativa, tal y como se desprende las documentales visibles dentro del archivo 01, carpeta 1 instancia del expediente digital.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados, procede esta Sala a determinar si en este caso se cumplen los requisitos previstos en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por la Ley 737 de 2003, para que la demandante sea beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en calidad de presunta compañera permanente supérstite del pensionado fallecido José Fernando Martín Segura.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Empieza la Sala por referir que, tratándose del estudio del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es la vigente a la fecha del fallecimiento del afiliado o pensionado, que para el caso concreto ocurrió el 21 de julio de 2017, de manera que la disposición que en principio gobierna tal situación pensional, es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que puntualmente establece:

ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. ***Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca*** *y, (Negrilla fuera del texto original)*

(…)

Dado que es un hecho indiscutido que el causante ostentaba la calidad de pensionado con la UGPP desde el 8 de noviembre de 1994, surge palmario que dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes.

En cuanto a los beneficiarios de la pensión bajo análisis, tenemos que el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, señala lo siguiente respecto de la compañera o compañero permanente supérstite:

ARTÍCULO 47. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

*a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad****. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte****;*

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

<Aparte subrayado condicionalmente exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente; (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

El texto subrayado fue declarado exequible condicionalmente mediante sentencia C-1035 de 2008 de la Corte Constitucional, en el entendido de que «*además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido*».

Como se observa, las disposiciones precitadas establecen como requisito para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en favor de la compañera permanente de un pensionado, la acreditación de **una convivencia real y efectiva de no menos de cinco (5) años ininterrumpidos anteriores a la fecha del deceso**, cuestión que ha sido ratificada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en numerosas sentencias, entre ellas, CSJ SL4340-2022, SL 2768-2022, SL 476-2022.

Respecto de la demostración de la convivencia, la alta Corporación de cierre de la jurisdicción Ordinaria Laboral en sentencia CSJ SL913-2023, recordó que entre el fallecido y el compañero o compañera debe forjarse una comunidad de vida estable y permanente, en cohabitación y con la firme intención de conformar una familia y un hogar, señalando:

Al respecto, esta corporación ha considerado de antaño que la convivencia constituye un elemento fundamental para la configuración del derecho pensional, entendiendo por este concepto como:

[…] aquella comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el

acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real y afectiva durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605, reiterada en CSJ SL1399-2018).

De manera que la convivencia entraña una comunidad de vida estable, donde aflora el apoyo espiritual y físico, el afecto, socorro, ayuda y respeto mutuo, guiado por un destino común; lo cual descarta relaciones furtivas, casuales o esporádicas, y también aquellas que, pese a resultar prolongadas, no comportan realmente una comunidad de vida.

Frente a la convivencia, como presupuesto necesario para acceder a la pensión de sobrevivientes, en decisión CSJ, 12 dic. 2007, rad. 31569, se recordó su importancia a lo largo de las diferentes normativas que han regulado ese derecho, así:

La hermenéutica del Tribunal, atacada por el impugnante, corresponde a la jurisprudencia de esta Corte, que en reiteradas decisiones ha explicado que la pensión de sobrevivientes tiene un incuestionable soporte teleológico: la protección de la familia. Y familia no es forma, sino substancia. No es apariencia o virtualidad, sino realidad. Por ello, el legislador ha privilegiado al cónyuge o compañera(o) supérstite que integra verdaderamente el núcleo familiar del fallecido, cuando aquél pretende disfrutar de esta prestación. Así lo hizo con relación a las viudas desde la Ley 33 de 1973, cuando esta normativa consagró el carácter vitalicio del derecho de sustitución pensional (hasta ese momento era de 5 años). A esa prestación podía acceder, sin embargo, si la beneficiaria demostraba que ella y su consorte vivían "unidos en la época del fallecimiento del marido", a menos que en caso de ruptura de la convivencia acreditara el abandono injustificado del hogar por parte de su esposo, o que éste hubiere "impedido su acercamiento o compañía". El disfrute perpetuo se supeditaba a la permanencia en ese estado de viudez y a que no se le comprobara "amancebamiento público", según las voces del Decreto Reglamentario 690 de 1974. La convivencia también fue requisito en la Ley 12 de 1975 e igualmente en la Ley 44 de 1980, aun cuando estableció una presunción del estado de avenencia a favor de la cónyuge para "facilitar el traspaso" de la pensión. Extendida la prestación a los viudos y compañeros, también se exigió la unidad de la pareja en el Decreto 1160 de 1989, reglamentario de la Ley 71 de 1988.

En cuanto a la Ley 100 de 1993, en sentencia del 10 de mayo de 2005 (radicación 24445) tuvo oportunidad la Sala de Casación Laboral de explicar los alcances de la finalidad de la pensión de sobrevivientes. Así se pronunció la Corte:

"El artículo 47 de la Ley 100 de 1993 al establecer que el cónyuge o compañero permanente supérstite son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, los equipara en razón a la condición que les es común para ser beneficiarios: ser miembros del grupo familiar. No significa ello que se desconozca la trascendencia de la formalización del vínculo en otros ámbitos, como para la filiación en el derecho de familia, o para quien lo asume como deber religioso por su valor sacramental, sino que se trata de darle una justa estimación a la vivencia familiar dentro de las instituciones de la seguridad social, en especial la de la pensión de sobrevivientes, que como expresión de solidaridad social no difiere en lo esencial del socorro a las viudas y los huérfanos ante las carencias surgidas por la muerte

del esposo y padre; es obvio que el amparo que ha motivado, desde siglos atrás, estas que fueron una de las primeras manifestaciones de la seguridad social, es la protección del grupo familiar que en razón de la muerte de su esposo o padre, o hijo, hubiesen perdido su apoyo y sostén cotidiano, pero no para quien esa muerte no es causa de necesidad, por tratarse de la titularidad formal de cónyuge vaciada de asistencia mutua.

"La preponderancia del elemento formal en la constitución de la familia, como mecanismo concebido por el legislador de siglos anteriores para proteger la unidad familiar, por fuerza de la evolución social, ha venido cediendo espacio a favor del concepto de familia forjado en la realidad de la solidaridad cotidiana. Primero en el ámbito de la seguridad social, el artículo 55 de la Ley 90 de 1946 mandaba tener por viuda a la mujer [incluso a las mujeres] con quien el asegurado haya hecho vida marital; luego en el campo del derecho civil, la ley 54 de 1990 protege a familia constituida por la comunidad de vida permanente y singular; y en 1991, el artículo 42 del ordenamiento superior extiende el reconocimiento constitucional a la familia que se integre bajo "la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o la voluntad responsable de conformarla".

***"En este contexto, en el que, como ya se advirtió, es la efectiva convivencia al momento de la muerte la que viene a legitimar el derecho de los beneficiarios para acceder a la pensión de sobrevivientes**, ha de interpretarse, de otra parte, el artículo 7º del decreto 1889 de 1994 cuando, en el aparte no declarado nulo por el Consejo de Estado, establece que "para los efectos de los literales a) de los artículos 47 y 74 de la ley 100 de 1993 y 49 del decreto 1295 de 1994, tendrá derecho a la pensión de sobrevivientes, en primer término, el cónyuge. A falta de éste, el compañero o compañera permanente" (subraya la Sala), vale decir, que se entiende que "falta" el cónyuge cuando éste no cumple con el referido requisito de la convivencia o vida marital con el causante por el tiempo a que alude la norma. Ello por cuanto, se repite, el derecho a la pensión no se tiene en razón de un vínculo matrimonial, sino en razón de la real convivencia".*

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que la pensión de sobrevivientes propende, fundamentalmente, por proteger a la familia del causante de los perjuicios económicos derivados de su muerte, evitando así que el (la) cónyuge o compañero (a) supérstite se vea obligado (a) a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento, ***tal finalidad u objetivo de esta prestación solo se cumple o se materializa si entre el finado y el beneficiario existió una verdadera vida de pareja con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, requisito este que «se constituye en el criterio que ha de apreciarse cuando el juzgador se aplique a la tarea de definir la persona con vocación legítima para disfrutar de la pensión de sobrevivientes, a raíz de la muerte de su consorte o compañero»*** *(CSJ SL, 25 may. 2010, rad. 33136).*

Esta convivencia, inclusive, puede presentarse entre parejas que, de forma excepcional, no cohabiten bajo el mismo techo, debido a circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares que lo justifiquen, siempre que se mantenga la comunidad de vida y subsistan los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua *(CSJ SL3813-2020).*

> ***Por consiguiente, la convivencia, entendida como la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, «es el elemento central y estructurador del derecho» (CSJ SL1399-2018), requisito que, en vigencia de la Ley 797 de 2003, para la compañera es de cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento del pensionado***. *(Negrillas y subrayados fuera del texto original).*

Bajo estos presupuestos normativos y jurisprudenciales, entra la Sala a verificar el material probatorio con el fin de determinar si la actora cumple con el requisito de la convivencia con el pensionado, así:

- ✓ **Interrogatorio de parte**

La señora **Luz Dary Benítez Sáenz** refirió que había conocido al señor José Fernando Martín Segura en el año 1990, cuando puso su negocio en el barrio donde él vivía, siendo uno de sus clientes; que tiempo después de que su esposa falleció comenzaron a tener una relación de pareja; que para el año 2010, ya comenzaron a vivir juntos, inicialmente vivieron en arriendo en una pieza en el apartamento de su hija, debido a que la hija del causante no les había permitido vivir en la casa de propiedad de su padre; que ya para el año 2011, decidieron irse a vivir en la casa del señor José Fernando en donde convivieron hasta el día de su fallecimiento.

Afirmó que, el causante la había afiliado como beneficiaria en la EPS Compensar en el año 2013; que antes no la había afiliado porque se encontraba en el Sisbén en donde le estaban haciendo unos trámites para una operación que le hicieron para el año 2012; refirió que era ella quien acompañaba a todo al señor José Fernando, ya que su hija lo trataba muy regular, además de que trabajaba y nunca tenía tiempo; que cuando se enfermó y fue hospitalizado en el Hospital San José ella había sido la que lo había acompañado, así como también lo había hecho cuando tenía que asistir a las citas médicas.

Indicó que, no tuvo conocimiento cuándo nació el señor José Fernando, porque él no permitía que le tomaran fotos, ni que le celebraran los cumpleaños; aseveró que, eran los hijos del causante quienes manejaban su plata; que nunca supo cuánto era el

valor de su mesada, que eso nunca le interesó, debido a que nunca le hizo falta nada, ya que su compañero era quien le cubría todo lo que necesitaba.

- ✓ **Pruebas documentales**

- Obra declaración extra juicio rendida ante la Notaría 53 del Círculo de Bogotá del 31 de octubre de 2018, rendida por la señora **María del Carmen Casas Castiblanco** quien declaró que conoce a la señora Luz Dary Benítez Sáenz desde el 8 de diciembre de 2011, como la mujer del señor José Fernando Martín Segura con quien convivía compartiendo techo, lecho y mesa; que el lugar de la pareja era la carrera 79 G 14 04 de la ciudad de Bogotá; que ellos vivieron por un periodo de 6 años, desde el 14 de noviembre de 2011, hasta el momento del fallecimiento de su vecino, ocurrido el 21 de julio de 2017; que la pareja no tuvo hijos; que los 3 hijos del señor Martín Segura son mayores de edad y no dependían económicamente de él, que la señora Luz Dary era su única compañía y fue quien durante los últimos año se dedicó al cuidado del causante, dependiendo económicamente de él (f° 43, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital)

- Se encuentra también declaración extra juicio rendida ante la misma Notaría 53 del Círculo de Bogotá el 31 de octubre de 2018, por parte del señor **José Isaías Palacios Arévalo** en donde declaró que conoce a la señora Luz Dary Benítez Sáenz desde el 1 de enero de 2012, como la mujer del señor José Fernando Martín Segura con quien convivía compartiendo techo, lecho y mesa; que el lugar de la pareja era la carrera 79 G 14 04 de la ciudad de Bogotá; que ellos vivieron por un periodo de 6 años, desde el 14 de noviembre de 2011, hasta el momento del fallecimiento de su vecino, ocurrido el 21 de julio de 2017; que la pareja no tuvo hijos; que los 3 hijos del señor Martín Segura son mayores de edad y no dependían económicamente de él, que la señora Luz Dary era su única compañía y fue quien durante los últimos año se dedicó al cuidado del causante, dependiendo económicamente de él (f° 44, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital).

- Certificado expedido por el EPS Compensar del 5 de octubre de 2018, en el que consta que la señora Luz Dary Benítez Sáenz estuvo afiliada en calidad de beneficiaria del señor José Fernando Martín Segura desde el 13 de diciembre de 2013, hasta el 23 de agosto de 2017 (f° 24, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital).

✓ **Pruebas testimoniales**

Declaración de María del Carmen Casas Castiblanco (vecina en el barrio Visión Colombia de la ciudad de Bogotá), señaló que conocía al señor José Fernando Martín Segura desde hacía 30 años, en cuanto a la señora Luz Dary Benítez Sáenz dijo que la conocía hacía 10 años, pero más adelante se retractó y dijo que había sido 30 años también; precisó que con el causante vivieron 5 años; que la fecha de inicio de la convivencia lo fue en el año 2011, como en el mes de agosto y convivieron hasta el año 2017, cuando falleció el señor Martín Segura. Añadió que, el pensionado fallecido sufría de diabetes, incluso le habían tenido que amputar una pierna y quien siempre lo acompañaba era la señora Luz Dary, quien era la persona que le preparaba la comida y lo llevaba al médico; que el causante había tenido 3 hijos con su anterior pareja quien había fallecido hacía 10 años.

Adujo que, la pareja se había ido a vivir en la casa de propiedad de José Fernando como en el 2011, o 2010, asegurando que no recordaba bien la fecha. Posteriormente, el Juez le preguntó si en algún momento había departido un cumpleaños con el causante, contestando que una vez había estado en la 100 a la partida de una tortica, que en ese momento ya vivía con la señora Luz Dary; que él siempre los tenía en cuenta, que a veces compartían una cerveza; que ella tenía un negocio en su casa y él a veces iba y se tomaba una cerveza, sosteniendo que le gustaba celebrar sus cumpleaños.

En cuanto a la inconsistencia respecto a la fecha que había referido en la declaración extra juicio sobre el momento en que conoció a la demandante, explicó que

ello se debía porque que la distinguía desde hacía tiempo, porque ella tenía un negocio en el barrio y a veces le compraban, pero comenzaron a compartir hacía 5 años cuando se había ido a vivir con el señor José Fernando.

Declaración Aidé Peláez Gutiérrez (arrendataria local de propiedad del causante), enfatizó que estuvo como arrendataria de uno de los locales de propiedad del señor José Fernando entre el año 2007, hasta el año 2009, cuando la hija del *cujus* le pidió el local; que luego vio al señor José Fernando con la señora Luz Dary y fue ella quien intervino para que le volvieran arrendar el local en el año 2016, seguidamente manifestó que tenía entendido que ellos se habían ido a vivir en el año 2010, pero vivieron en la casa de José Fernando en el año 2011.

Sin embargo, más adelante la apoderada de la UGPP le puso de presente a la declarante que existía una declaración extra juicio dentro del expediente pensional del señor José Fernando ante la Notaría 61 de Bogotá de fecha 19 de julio de 2018, en donde había manifestado que el tiempo de convivencia entre la demandante y el causante había iniciado en el año 2012, preguntándole por qué estaba cambiando dicha versión, frente a lo cual contestó que ellos para ese año ya vivían juntos, puesto que la señora Luz Dary se había ido a vivir a la casa del pensionado en el año 2011; que le constaba porque ella tenía el local, al preguntarle la apoderada cuándo había sido la fecha en que había desocupado el local, contestó que no se acordaba, ya que había tenido el local dos veces, por lo que las fechas le tomaban del pelo, que la primera vez había llegado en septiembre de 2007, y se había ido en septiembre de 2012, y que había vuelto en 2014, hasta el 2017; luego el Juez nuevamente le hace la misma pregunta, respondiendo que había estado en el local 3 veces, que dicho dato se podía confrontar con los contratos, ya que se confundía con las fechas.

Precisó que, había compartido eventos con el señor José Fernando; que cuando había estado soltero departían la noche de velitas y para octubre le gustaba bajar al local a repartir dulces, ya después dejaron de compartir cuando comenzó su relación con la señora Luz Dary.

Declaración José Isaías Palacios Arévalo (vecino del causante), sostuvo que conocía al señor José Fernando y a la señora Luz Dary desde hacía 30 años; que la demandante tenia un restaurante; que después de que el señor José Fernando había quedado viudo como a los 10 años se fue a vivir con la actora; que no recordaba el nombre de la primera esposa del pensionado fallecido; que con la primera señora había tenido 3 hijos y un hijo que ya tenía ella; que se veían con frecuencia porque conduce un taxi y a veces le hacía carreras.

Aseguró que, el causante y la señora Luz Dary habían comenzado su relación en el año 2011, como a finales y habían convivido hasta la fecha de fallecimiento del señor José Fernando; que el *cujus* era una persona bien sociable; que a veces se tomaban unas cervezas y que había fallecido en la ciudad de Bogotá. Al preguntarle el juez por qué no coincidía las fechas que había declarado en audiencia con las señaladas en la declaración extra proceso, él contestó que de pronto para esa época no estaba seguro de lo que había dicho en la declaración y con el tiempo haciendo cuentas, ya no era desde esa época.

Visto lo anterior y analizadas en detalle las pruebas obrantes en el plenario, considera esta Sala que le asiste razón al *a quo* en cuanto a que la parte actora no logró demostrar con certeza la convivencia real y efectiva con el causante, en los términos de los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993. En efecto, nótese que lo que se extrae de las declaraciones extra juicio es que por un lado, la señora María del Carmen Casas Castiblanco dijo que había conocido a la señora Luz Dary Benítez Sáenz desde el 8 de diciembre de 2011, pero que había comenzado a convivir con José Fernando Martín Segura desde el 14 de noviembre de 2011, declarando una convivencia de un tiempo del cual aún no conocía a la actora, versión que resulta incoherente y que deja margen de duda en las fechas reales en que se dio tal coexistencia, más aún cuando en la declaración que se llevó a cabo ante el Juez, manifestó que había conocido a la demandante hacía 30 años; si bien la testigo aseguró que las inconsistencias en las fechas se debían a que la distinguía desde ese tiempo, pero que la empezó a tratar ya cuando comenzó una relación de pareja con el causante, argumento que podría ser cierto; sin embargo, debe decirse que de su relato no se extrae con precisión la fecha

inicial de convivencia, pues en una parte dice que fue en el 2010, y en otra dice que fue en el año 2011.

Ahora bien, en cuanto a la declaración de Aidé Peláez Gutiérrez, tampoco puede considerarse que la misma establezca con certeza la fecha inicial de la convivencia; por el contrario, se observa de su de ponencia que fue más una testigo de oídas que presencial, pues al comenzar su exposición aseguró con toda la precisión que había estado como arrendataria del local de propiedad del causante desde el 2007, hasta el año 2009, y que había vuelto en el año 2016, como arrendataria del local, oportunidad en que la pareja ya estaba conviviendo; luego el Juez le puso de presente las incongruencia en las fechas, cambiando su versión refiriendo unos tiempos distintos, dando la percepción de que lo que pretendía era acomodar los espacios de tal manera que coincidieran con el requerido para que la demandante pudiera acceder a la pensión reclamada, aspecto que incluso notó la apoderada de la UGPP, quien le puso de presente la data que había referido en la declaración extra proceso que militaba en el expediente pensional del causante, afirmando que allí se había dicho por parte de la testigo que la convivencia de la pareja había comenzado a partir del año 2012.

En relación al testigo José Isaías Palacios Arévalo, debe decirse que también cayó en el mismo error que las demás testigos, frente a la incoherencia entre lo dicho en la declaración extra proceso y lo vertido en audiencia pública, dejando margen de duda sobre el tiempo real de convivencia.

Así las cosas, se tiene que el proceso carece de suficientes medios probatorios que acrediten con exactitud los 5 años de convivencia requeridos para acceder a la pensión, pues como bien lo advirtió el sentenciador de primer grado, puede afirmarse de lo mencionado por los declarantes y del certificado expedido por la EPS Compensar que la pareja convivió por el periodo comprendido entre el 13 de diciembre de 2013, hasta el 23 de agosto de 2017; no obstante, tal término no resulta suficiente para conceder las pretensiones del litigio, no siendo cierto como lo afirma la recurrente que los manifestantes habían sido unánimes en señalar que el señor José Fernando Martín y la señora Luz Dary habían convivido bajo el mismo techo en forma permanente e

ininterrumpida desde el mes de noviembre del 2011, hasta la fecha del fallecimiento del causante.

De otra parte, llama la atención de la Sala, la advertencia que hace el Juez respecto de que la demandante no sabía cuándo había nacido el señor José Fernando Martín Segura, lo cual resulta ser un aspecto importante, teniendo en cuenta que la actora alega la existencia de una convivencia entraña a una comunidad de vida estable, donde aflora el apoyo espiritual y físico, el afecto, socorro, ayuda y respeto mutuo, entonces se pregunta esta Colegiatura cómo va a desconocer un momento tan especial, y más aun afirmando que su pareja no le gustaba celebrar sus cumpleaños, cuando los testigos aseguraron que era una persona muy sociable.

Visto lo anterior, encuentra esta Sala que de las declaraciones previamente nombradas solo se puede extraer con certeza que entre la demandante y el pensionado fallecido existió una relación amorosa del 13 de diciembre de 2013, hasta el 23 de agosto de 2017, debe decirse que la demandante tenía la facilidad de haber allegado el medio probatorio que demostrara que en efecto con anterioridad al 2013, no había sido afiliada a la EPS como beneficiaria del causante, porque se encontraba afiliada al Sisbén y estaba pendiente de una cirugía que se realizó en el año 2012, a través de la historia clínica, carga probatoria que le asistía a la promotora del proceso de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión en materia laboral, por lo cual solo se cuenta con el término antes mencionado, el cual resulta ser un espacio menor a los cinco años anteriores al fallecimiento del cujus,

Por las razones expuestas, se confirmará la decisión de primera instancia.

COSTAS

Costa en esta instancia a cargo de la parte demandante como quiera que su recurso no salió avante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE

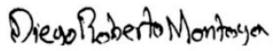
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral de Circuito de Bogotá, acorde con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte actora en la suma de $650.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponen

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	11001310504120210007801
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	FRANCIA ELENA GAVIRIA HENAO
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), 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

La señora **FRANCIA ELENA GAVIRIA HENAO** pretende que se **declare** la ineficacia del traslado efectuado en julio de 2000, ante Protección S.A. En consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior, y se **ordene** a Colpensiones a tenerla como afiliada en el régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM), como si nunca se hubiera trasladado. Igualmente, se **ordene** el traslado de la totalidad de aportes realizados, como rendimientos financieros, cuotas de administración, bono pensional y la actualización de su historia laboral.

Por otro lado, pretende que se **condene** a Protección S.A a devolver todos los emolumentos descritos anteriormente; que una vez se efectué el traslado de los aportes del régimen de ahorro individual (en adelante RAIS) al RPM, se **condene** a

Colpensiones a reconocer la pensión de vejez, a partir del 28 de febrero de 2016; que se **condene** a Colpensiones al reconocimiento y pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a las costas, agencias en derecho y a lo que resulte probado extra y ultra petita.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 4 a 5 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 14 de junio de 1956; que estuvo vinculada laboralmente con el Fondo Educativo Regional de Bogotá efectuando cotizaciones a CAJANAL y al Instituto de Seguros Sociales (en adelante ISS); que se trasladó del RPM al RAIS por intermedio de Protección S.A., en julio de 2000; que el asesor de la AFP no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales; que Protección S.A. le realizó una simulación pensional, arrojando que el valor de la mesada pensional equivaldría a $1.201.844; que cuenta con 1816 semanas cotizadas al sistema general de pensiones desde el 15 de febrero de 1978 hasta el 28 de febrero de 2016; que se realizó una simulación pensional en el RPM, aplicando una tasa de reemplazo equivalente al 90.00%, obteniendo que la mesada pensional equivaldría $2.141.542; que presentó petición ante Colpensiones el 23 de septiembre de 2020, la cual fue negada.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 10, 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, las cotizaciones efectuadas al ISS desde el 15 de febrero de 1978, su traslado al RAIS, la petición presentada, y su respuesta negativa. Frente a los demás hechos, manifestó no constarle o no ser 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, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad, ponderación, cumplimiento de los requisitos para obtención pensión de vejez, 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), inexistencia del derecho al reconocimiento y pago de una pensión de vejez, improcedencia al reconocimiento y pago de los intereses moratorios e indexación, buena fe de Colpensiones, falta de

causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción 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 la demandante nació el 14 de junio de 1956, y la simulación pensional realizada por esta AFP. Frente a los demás hechos, manifestó 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, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la innominada o genérica.

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP,** fue vinculada al proceso, quien se opuso a las pretensiones; en cuanto a los hechos, solo aceptó los relacionados con la vinculación al RPM a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el traslado al RAIS, la fecha de nacimiento y la carga de la prueba en cabeza de la AFP Protección sobre el deber de información; a los demás, señaló que no le constaban. Propuso como excepciones de fondo, las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de la entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad, ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de la UGPP, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 5 de septiembre de 2023 (archivos 53 y 54 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR *la ineficacia del traslado realizado* ***por FRANCIA ELENA GAVIRIA HENAO*** *del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.*

SEGUNDO: ORDENAR *a la* ***AFP PROTECCIÓN S.A.,*** *para que, dentro de los 3 meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia, transfiera a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES*** *todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos, comisiones y gastos de administración indexados. Así mismo, la citada AFP también deberá devolver a* ***COLPENSIONES*** *el porcentaje correspondiente a las 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* ***COLPENSIONES*** *a recibir los dineros provenientes de la* ***AFP PROTECCIÓN S.A.****, y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora.*

CUARTO: CONDENAR *a* ***COLPENSIONES,*** *una vez hecha la reactivación de la actora al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, a reconocer y pagar la pensión de vejez bajo los presupuestos del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, por 13 mesadas pensionales, la cual debe ser liquidada con el promedio del IBL de sus últimos 10 años o el de toda su vida laboral según le sea más favorable y de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, y con una tasa de reemplazo del 90% del IBL, la cual deberá ser reconocida a partir del 1° de marzo de 2016, e incrementada año por año en los términos establecidos por el Gobierno nacional, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.*

QUINTO: CONDENAR *a* ***COLPENSIONES*** *a reconocer y pagar el valor del retroactivo pensional causado, de manera indexada desde el 23 de septiembre de 2017 y hasta la fecha en que se haga el pago del mismo. Así mismo, se autoriza a* ***COLPENSIONES*** *a descontarse los aportes a salud de conformidad con lo establecido en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, del retroactivo reconocido*

SEXTO: DECLARAR PARCIALMENTE *probada la excepción de* ***PRESCRIPCIÓN*** *respecto de las mesadas pensionales causadas entre el 1° de marzo de 2016 y el 22 de septiembre de 2017, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.*

SÉPTIMO: CONDENAR *en costas, incluidas las agencias en derecho, a cada una de las demandadas* ***PROTECCIÓN S.A.*** *y* ***COLPENSIONES****, y a favor de la demandante, en la suma de $1.160.000.*

OCTAVO: ABSOLVER *a las demandadas de las demás pretensiones elevadas en la demanda.*

NOVENO: ABSOLVER *a la demandada UGPP de las pretensiones elevadas en la demanda.*

Para **fundamentar su decisión** adujo que, en atención al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el numera 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 y la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, verbigracia, las sentencias 31989 de 2008, SL 1688, 1689, 4426 de 2019, SL3302-2021, SL1481-2022 y SL2932-2022, en las que se ha considerado

que si no se verifica una debida asesoría por parte de la AFP hacia la demandante, que le permita ejercer una libre escogencia de régimen pensional, el traslado quedará sin efecto. Aunado a lo anterior, indicó que la en la sentencia SL3202-2021, ha indicado que se debe tener en cuenta la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las administradoras de pensiones que resulta útil para comprender que desde el funcionamiento del sistema este existió, ha sido detallado y se ha ido acrecentando por el transcurso del tiempo.

Expuso que, se debe analizar el deber de información establecido en el artículo 13 literal b, artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, en los que se ha indicado que el contenido mínimo y el alcance del deber de información se constituye en la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, además, de dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Conforme lo anterior, la AFP Protección S.A., en el presente asunto no demostró que ofreció una asesoría e información objetiva, suficiente y clara a la actora en atención a su situación pensional y sobre los efectos de traslado de régimen realizado el 24 de mayo de 2000, por lo cual, a pesar de haber aportado el formulario de afiliación, y no ser este tachado de desconocido, no permite evidenciar que se haya suministrado la información en los términos ya indicados.

En consecuencia, consideró que dentro del proceso y con las pruebas aportadas la AFP no demostró que el 24 de mayo de 2000, le suministrara a la promotora de la litis las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada régimen pensional de manera clara y cierta. En igual sentido, se acreditó durante el proceso que la accionante era beneficiaria del régimen de transición, y frente a este aspecto, la AFP no demostró que realizará algún tipo de análisis o manifestara que el mismo le correspondía a la demandante y que por ello se podía afectar su futuro pensional. Por lo tanto, declararó la ineficacia del traslado efectuado desde el RPM al RAIS, efectuado por la AFP Protección S.A., conforme las sentencias SL 2932 de 2022 y SL 3891 de 2022.

Arguyó, que, frente a la pensión de vejez, se debe tener en consideración los artículos 12 y 20 del Decreto 758 de 1990, dado que, la actora es beneficiaria del régimen de transición, pues al entrar en vigor la Ley 100, la demandante contaba con más de 37 años.

De otra parte, con respecto al reconocimiento del retroactivo e indexación, indica que la pensión no es susceptible del efecto jurídico de la prescripción. Sobre este tema citó la sentencia SL361-2019 y SL1688-2019. Sin embargo, dijo que era aplicable para las mesadas pensionales en los términos del artículo 488 y 151 del C.S.T, para ello, el retroactivo se causó desde el 1° de marzo de 2016, es decir, la actora contaba hasta el 1° de marzo de 2019, para presentar la reclamación, como no ocurrió, dado que esta se efectuó el 23 de septiembre de 2020; por lo tanto, se debía declarar probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales causadas entre el 1° de marzo de 2016 hasta 22 de septiembre de 2017. De igual manera, señaló que se debía aplicar la prescripción a la indexación, la cual debe realizarse sobre el retroactivo pensional a partir del 23 de septiembre de 2017 y hasta la fecha en que se haga efectivo el pago del retroactivo causado.

Finalmente, fijó las costas y agencias en derecho a cargo de cada una de las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES arguyó, que no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, el cual consagra que Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico de traslado celebrado entre la actora y la AFP, por lo tanto, no puede ser favorecida ni perjudicada por tal decisión, aunado a que con la declaratoria de ineficacia se afecta gravemente el equilibrio financiero del sistema general de pensiones; que conforme al artículo 2 de la ley 797 de 2003, que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la actora se encontraba inmersa dentro de la prohibición legal de trasladarse de régimen pensional.

Resaltó que, se debe condenar a la AFP por incumplir con su deber legal de información, en virtud de la teoría del daño del derecho civil, el cual establece que quien causa el daño es quien debe repararlo y no un tercero del acto jurídico. Por último, indicó que tampoco se debe reconocer la pensión de vejez.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de está 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 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; finalmente, si hay lugar al reconocimiento pensional.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la señora FRANCIA ELENA GAVIRIA HENAO nació el 14 de junio de 1956 (f° 5 archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); ***ii)*** la reclamación administrativa ante Colpensiones y su respuesta negativa (fº 5 ibid.); ***iii)*** el traslado al RAIS el 24 de mayo de 2000, a la entonces AFP Santander, hoy Protección SA, con fecha de efectividad julio de ese mismo año, tal como lo aceptó la pasiva.

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.° 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 actora se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**24 de mayo 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 Protección S.A., que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Protección suscrito el 24 de mayo de 2000, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la actora, 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).

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, cualquier

argumento que diga que se les está imponiendo obligaciones que no estaban previstas en el ordenamiento jurídico al momento del traslado, no es acertado, 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, sin que se hubiera demostrado siquiera que el organismo privado hubiese entregado información básica.

Así mismo, tampoco se puede decir, que para la fecha en que la demandante llevó a cabo el traslado al RAIS no le era exigible a la AFPS suministrar la información con el detalle que se requiere, 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*».

Y es que no puede perderse de vista que, el traslado de régimen reviste un aspecto fundamental y trascendental en la vida laboral de cualquier afiliado, por cuanto está de por medio el acceso a un derecho fundamental, con es el de la pensión de vejez, de tal suerte que lo mínimo que podría esperarse por parte de los fondos de pensiones, es que de esa importante decisión existan los registros documentales, fílmicos o de cualquier otra naturaleza probatoria que permitan corroborar que dio a conocer al futuro afiliado todos los pormenores, consecuencias e implicaciones que ese cambio de régimen significaba, así como las características de uno y otro régimen pensional.

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 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 cambió 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.

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; 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 él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019), de modo que el reparo que sobre el particular formuló la administradora pública no tiene vocación de prosperidad.

Cabe indicar que el alegato de entidad sobre el principio de sostenibilidad financiera del sistema, que tiene rango constitucional, se encuentra desarrollado en la prohibición contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, consiste en que nadie puede trasladarse de régimen si no ha permanecido en el anterior 5 años o si le faltan 10 años o menos para cumplir la edad de pensión, regla que además ha sido declarada exequible en los términos de la Sentencia C-1024 de 2004, por lo que, como se explicó en esa providencia, no es concebible que una persona se traslade del RAIS al RPM faltándole poco para cumplir la edad de pensión, porque ello desfinanciaría el sistema, en cuanto como se explicó allí, esas personas no contribuyeron al fondo común en la misma forma en que lo hicieron los demás y "*no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el*

futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico"; no obstante, la falta de información en que incurrió la AFP que propició el traslado, y que permite regresar al RPM, se hace con todos los recursos contenidos en la cuenta individual que tenía la demandante en el RAIS, inclusive, como se dijo, con los rendimientos, gastos de administración y todo lo que apareja haber estado en ese último régimen, y si bien la entidad pública no ha podido tener en consideración el caso de la accionante en sus cálculos actuariales para los actuales y futuros pensionados, aquella no debe cargar con esa responsabilidad, pues el daño lo ocasionó la AFP, de ahí que el organismo esté habilitado para eventualmente demandar perjuicios.

Además, el derecho a la información oportuna, veraz y suficiente que debió entregársele al afiliado en el momento del traslado, no puede cercenarse por una política pública que no controló adecuadamente la actuación de las administradoras de pensiones privadas, que de manera indiscriminada se pusieron en la tarea de captar afiliados, y no asesorar adecuadamente, sin tener en cuenta la relevancia de las garantías en juego, por lo que, si Colpensiones encuentra ahora un desbalance o desequilibrio en sus finanzas, es un asunto estatal que debe remediar, pero sin que ello pueda cargársele al afiliado inerme, ante el desconocimiento de los entes administradores del sistema que no hicieron énfasis en los derechos que también les asistían a los trabajadores.

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).

PENSIÓN DE VEJEZ

Precisado lo anterior, importa a la Sala destacar que la declaratoria de ineficacia de traslado al RAIS conlleva a que sea Colpensiones la entidad obligada a reconocer y pagar la pensión de vejez reclamada.

En cuanto a la conservación del régimen de transición, se debe señalar que, como la demandante nació el 14 de junio de 1956, hecho no discutido por las partes,

al 1° de abril de 1994, contaba con más de 35 años de edad, por lo que era beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Por otro lado, el Acto Legislativo 01 de 2005, limitó la vigencia del régimen transicional hasta el 31 de julio de 2010; no obstante, en aras de salvaguardar las expectativas de las personas cercanas a causar una pensión, extendió dicho término hasta el 31 de diciembre de 2014, siempre que al 29 de julio de 2005, contaran al menos con 750 semanas de aportes o su equivalente en tiempo de servicios. En el presente asunto, como se indicó, la actora es beneficiaria del régimen de transición por edad; pero como al 31 de julio de 2010, no tenía causado su derecho pensional, en tanto solo contaba con 54 años de edad, para conservar tales beneficios hasta el 2014, debía contar con 750 semanas a la fecha de entrada en vigencia de la reforma constitucional en comento, supuesto que también cumplió la actora, pues para el 29 de julio de 2005, contaba con un aproximado de 1400 semanas (f° 15 a 37, archivo 01, ibid.), de lo cual se deriva que podía extendérsele el régimen de transición hasta el año 2014.

Ahora, al revisarse el régimen pensional que rige la prestación de la demandante conforme al régimen de transición, se observa que cuenta con tiempos de servicio al sector oficial cotizados al entonces Cajanal (f° 26, archivo 42.2, ibid.) y cotizaciones como dependiente al ISS (f° 1 a 9, archivo 10.1 ibid.); por lo tanto, conforme a la actual postura de la jurisprudencia laboral plasmada en la sentencia CSJ SL2557-2020, que alude a la posibilidad de sumar tiempos públicos con las cotizaciones privadas efectuadas al ISS, hoy COLPENSIONES, Bajo el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto. 758 del mismo año, es bajo la égida de dicha disposición que debe reconocerse el derecho pensional, por ser la más favorable, en virtud del total de semanas cotizadas (1816.29 semanas) que le daría derecho a una tasa de reemplazo del 90%.

Así las cosas, como el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año exige para el caso de la mujer los mismos 55 años, que en el asunto la actora cumplió el 14 de junio de 2011, también se debe tener en cuenta el artículo 13 *ibidem* que señala que *"La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo»*, y el artículo 35 del mismo reglamento que dispone que *«Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión".* (Subrayas de la Sala).

Por consiguiente, aunque la causación de la prestación pensional a cargo de Colpensiones procede desde el 14 de junio de 2011, su disfrute solo será posible a partir del día siguiente al retiro definitivo del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, esto es, 2 de febrero de 2016, según se desprende de la Resolución N° 2206 del 9 de diciembre de 2015, que aceptó la renuncia de la trabajadora de la planta administrativa de la Secretaría de Educación Distrital, a partir del 1° de febrero de 2016 (f° 21 y 22, archivo 42.2 ibid.), lo cual coindice con la historia laboral aportada expedida por Protección SA (f° 37, archivo 01 ibid.).

En cuanto al ingreso base de liquidación (IBL) de la pensión de vejez de los beneficiarios del régimen de transición a quienes les faltare más de 10 años para adquirir el derecho a la fecha de inicio de la Ley 100 de 1993 -caso del demandante- la jurisprudencia laboral ha referenciado que aquél se determina con base en los parámetros previstos en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, norma aplicable a la generalidad de los afiliados o a quienes no gozan de prerrogativas pensionales especiales (CSJ, SL9808-2016, SL13184- 2017 y SL2954-2021), por ende, como en el asunto, la actora cotizó más de las 1250 semanas, la liquidación procede o con los 10 últimos años de la vida laboral o con todo el acumulado, lo que resulte más favorable, tal como lo determinó el juzgador de primera instancia, al cual se le aplica el 90% como monto, debido a que la demandante, como se indicó en líneas previas, cotizó un total de 1816.29 semanas.

Cabe aclarar que, aun cuando el juzgador de primera instancia consideró que la prestación se causó a partir del 1° de marzo de 2016, desconociendo, como se dijo, que la última cotización según la historia laboral, fue el 1° de febrero de esa misma anualidad, pues hasta ese día, la actora prestó sus servicios y se retiró del sistema; sin embargo, como ese punto no fue cuestionado por la demandante, y como la consulta se surte en favor de la entidad, no es viable modificar ese aspecto de la decisión de primer grado.

Ahora bien, como Colpensiones propuso la excepción de prescripción, se tiene que la reclamación administrativa se presentó sólo hasta el 23 de septiembre de 2020 (f.° 11, archivo 01 ibid.), la demanda se radicó el 13 de mayo de 2021 (archivo 02 ibid.), fue admitida el 27 de mayo de dicho año (archivo 04 ibid.), siendo notificada el 31 de igual mes (archivo 06, ibid.), por lo que las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 23 de septiembre de 2017, se encuentran afectadas por el término trienal contemplado en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS.

En cuanto a los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debe recordarse que se generan por el simple retardo de la administradora en el otorgamiento de la respectiva prestación pensional; sin embargo, en esta oportunidad no se accederá a los mismos, toda vez que no puede predicarse una mora de Colpensiones en el reconocimiento de la prestación, en tanto la obligación que se le impone surge con ocasión de la decisión judicial (CSJ SL610-2023), en tal sentido, resulta acertada la decisión del juzgador de exonerar por dicho concepto, pero en su lugar, como también lo precisó el *a quo,* es procedente la indexación, dado que es necesario compensar el impacto inflacionario que sufre el valor del retroactivo pensional adeudado por el simple transcurso del tiempo, misma que deberá calcularse hasta que se haga efectivo el pago de la obligación, de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$VA = VH \times \frac{\text{IPC final}}{\text{IPC inicial}}$$

De donde:

VA = IBL o valor actualizado
VH = Valor histórico que corresponde al último salario promedio mes devengado
IPC Final = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad de la fecha de causación de la pensión
IPC Inicial = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad para cada ingreso base de cotización

De acuerdo con lo previsto en el parágrafo transitorio 6 del Acto Legislativo 01 de 2005, como en este caso, la pensión de vejez se causó con el número de cotizaciones y la edad, que en este caso fue el 14 de junio de 2011, ya que para esa data la actora llegó a los 55 años y ya tenía las semanas suficientes para acceder a la prestación del Acuerdo 049 de 1990, sin que importe la fecha de reconocimiento, esto es, la del disfrute por cuenta del retiro del sistema, que en el asunto, se itera, ocurrió el 1° de febrero de 2016, le correspondería 14 mesadas; no obstante, el juzgador consideró que la demandante solo era beneficiaria de 13 mesadas, basándose en esta última fecha, la cual excede el término fijado por la reforma constitucional (31 de julio de 2011), como límite para la mesada 14, y como dicho punto no fue cuestionado por la activa, se mantendrá la decisión, dado que en el grado jurisdiccional de consulta no puede hacerse más gravosa la situación de la entidad pública.

De otro lado, conforme a lo dispuesto en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993,

en armonía con lo estatuido en el inciso 3 del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, la demandada deberá deducir de la suma reconocida como retroactivo pensional, el valor constitutivo de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud a cargo de la demandante, con el fin de que sea transferido a la EPS a la cual se encuentra afiliada; los cuales operan por ministerio de la ley y, por tal razón, no es necesario que medie autorización judicial para el efecto (CSJ SL1359-2019), lo que implica confirmar en ese punto la decisión del juzgador que así lo dispuso.

COSTAS

Dado el resultado adverso del recurso de alzada de Colpensiones, acorde con el artículo 365 del CGP, se le impondrán costas en segunda 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:

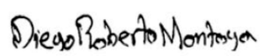
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, el 05 de septiembre de 2023, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
041 2021 00078 01

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	11001310503920220052101
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	LIGIA GARZÓN MORALES
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), 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

La señora **LIGIA GARZÓN MORALES** pretende que se **declare** que la AFP Porvenir S.A., incumplió con su deber legal de información al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva, comprensible y comparativa acerca de las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional. En consecuencia, se **declare** la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), por la inobservancia al deber de información; que se **declare** que nunca se trasladó al sistema privado de pensiones, con lo cual se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media (en adelante RPM).

Por otro lado, pretende que se **condene** a Porvenir S.A a registrar en su sistema de información que la afiliación en pensión fue ineficaz; a Colpensiones a activar la afiliación; a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de la

cuenta de ahorro individual de la actora, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, gastos de administración, y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento; que se ordene a Colpensiones a recibir los emolumentos antes descritos; que se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades extra y ultra petita, al pago de las cotas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f ° 1 a 3 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital) señaló en síntesis, que inició sus aportes a pensión en el RPM; que se afilió a Porvenir S.A., el 12 de septiembre de 1996; que la AFP no desplegó una actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias que le acarrearía el traslado del RPM al RAIS; que omitió brindarle información sobre los efectos, consecuencias, características, condiciones para acceder a un pensión de vejez y las diferencias entre cada uno de los regímenes; que la pensión que recibiría en el RPM sería de $4.442.351.

Narró que, debido a la inconformidad por la falta de información, presentó ante Porvenir S.A., solicitud para anular la afiliación, así como realizar una proyección pensional comparada entre el RAIS y el RPM; que solicitó ante Colpensiones que procediera a la activación de su afiliación por cuanto el traslado no estuvo antecedido de información completa y oportuna, obteniendo respuesta negativa por parte de ambas entidades; que Porvenir S.A le informó que recibiría una pensión de $1.693.900.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **SOCIEDAD 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 se afilió a está AFP el 12 de septiembre de 1996, y la pensión que recibiría por valor de $1.693.900. Frente a los demás hechos, manifestó no constarle o no ser ciertos.

Como excepciones de mérito, propuso la de buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS, y enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas.

COLPENSIONES contestó (archivos 12, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó su inicial vinculación al RPM, la reclamación administrativa presentada y su respuesta negativa. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle o no ser ciertos.

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.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 18 de julio de 2023 (archivos 17 y 18 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

> ***PRIMERO: DECLARAR*** *que el traslado que hizo la señora* ***LIGIA GARZÓN MORALES*** *del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de* ***PORVENIR S.A.,*** *cuyo formulario fue firmado el 12 de septiembre de 1996 es ineficaz y, por ende, no produjo efecto alguno por lo que se deberá entender que la demandante jamás se separó del régimen de prima media.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a* ***PORVENIR S.A.,*** *a que transfiera a* ***COLPENSIONES*** *todas las sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos y bono pensional de haberse redimido, así como las comisiones y gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, estos últimos emolumentos debidamente indexados al momento del pago*
>
> ***TERCERO: ORDENAR*** *a* ***COLPENSIONES*** *que reciba los dineros que los que habla el numeral anterior y reactive la afiliación de la demandante sin solución de continuidad.*
>
> ***CUARTO: DECLARAR*** *no probadas las excepciones presentadas por las demandadas.*
>
> ***QUINTO: INFORMAR*** *a* ***COLPENSIONES*** *que puede acudir a las acciones judiciales para obtener el resarcimiento de los eventuales perjuicios que pueda causar esta ineficacia y en contra de PORVENIR S.A.*
>
> ***SEXTO: CONDENAR EN COSTAS*** *a* ***PORVENIR S.A.****, dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de $1.160.000.*
>
> ***SÉPTIMO: ORDENAR*** *el grado jurisdiccional de consulta la presente sentencia por resultar órdenes a cargo de* ***COLPENSIONES.***

Para **fundamentar su decisión** sostuvo que, de acuerdo al literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, la libertad y espontaneidad no se puede limitar a la firma del formulario sin presión, fuerza o coerción, sino que se refiere a un consentimiento informado; es decir, la entrega de información suficiente y completa, la cual se entiende satisfecha cuando se le ha explicado al potencial afiliado de manera objetiva y comparada las características, beneficios, condiciones y diferencias que hay entre el RPM y el RAIS, asimismo, se le ha hecho saber sobre las condiciones, ventajas, desventajas y consecuencias que acarrea su traslado. Agregó que, la información se debe dar de manera clara y comprensible al afiliado lego, y que no solo de debe garantizar esa obligación al momento de la afiliación, sino que perdura durante todo el tiempo en que estuvo afiliada, inclusive en la fecha límite de retornar al RPM.

Adujo que, en atención a la carga de la prueba, según el artículo 1604 del Código Civil y 167 del C.G.P, está recae sobre la parte demandada, dado que la AFP debe actuar con diligencia y cuidado por tener la iniciativa contractual, es decir, aborda a los afiliados para convencerlos a que se afilien a su fondo, además, se les ha impuesto desde su nacimiento dar u otorgar información suficiente para que el afiliado tome una debida decisión; aunado a lo establecido en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Mencionó, que cuando se invocan negaciones indefinidas, la parte que las aduce no las necesita probar, invirtiéndose la carga de la prueba en cabeza de la AFP.

En conclusión, indicó que Porvenir S.A., no trajo a colación las pruebas suficientes para demostrar con grado de certeza que para 1997, cuando la actora firmó el formulario de afiliación se le haya brindado la información bajo los parámetros ya mencionados; por lo tanto, del formulario de afiliación no se tenía certeza sobre cuál fue la información entregada al momento del traslado, y de las cláusulas pre-impresas no eran suficientes para demostrar que se cumplió a cabalidad con su deber de información. Bajo este entendido, concluyó que era efectiva la declaratoria de ineficacia, ordenando a la AFP a trasladar los aportes del RAIS al RPM.

Con respecto al estudio de las excepciones y sobre la descapitalización del sistema, explicó que al recibir a la actora no se causa un detrimento al patrimonio de Colpensiones, pero si fuese así y no son suficientes los aportes trasladados, Colpensiones puede demandar a Porvenir S.A., para el resarcimiento de los perjuicios; y frente a la excepción de prescripción, indicó que por estar ligada a la acción de ineficacia con un derecho pensional se torna imprescriptible.

Finalmente, se relevó al estudio y pronunciamiento de los demás medios exceptivos invocados y fijó las costas a cargo de Porvenir S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación a efectos de que se revoque la decisión. Para ello, arguyó que las sumas correspondientes a los gastos de administración y demás rubros, así como la indexación de estos, no se pueden retornar a Colpensiones, toda vez que la indexación es un sistema que consiste en traer a valor presente el dinero para que no pierda su poder adquisitivo, con lo cual estos emolumentos son distintos a los aportes obrantes en la cuenta de ahorro individual de la actora y no han perdido poder adquisitivo, al contrario, los gastos de administración se incrementaron de sobremanera; aunado a que no se hubiesen podido generar en el RPM y su traslado constituiría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones.

Finalmente, solicitó no sea condenada en costas, dado que esta erogación económica para el presente asunto se rige por los principios del sistema judicial como el debido proceso, igualdad y eficacia, y no se puede evitar su comparecencia.

COLPENSIONES arguyó, que la actora no logró demostrar que su afiliación al RAIS adoleciera de algún vicio en el consentimiento, aunado a que por el transcurso del tiempo ratificó su deseo permanecer en el régimen privado, o también denominado acto de afiliación tácita.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo 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 los aportes realizados por el actor en el RAIS.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la actora inició sus aportes a pensión en el RPM, el 28 de septiembre de 1984 (f° 40, archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); ***ii)*** que nació el 21 de agosto de 1960 (f° 14, ibid.); y ***iii)*** que se trasladó a Porvenir S.A., el 12 de septiembre de 1996 (f° 77 ibid.).

INEFICACIA DEL TRASLADO

La alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral ha sostenido que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión del suministro de información al afiliado por parte de la AFP en el momento del 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, el demandante 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, el debate 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.° del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «*poder tomar decisiones informadas»*.

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**12 de septiembre 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).

En efecto, Porvenir S.A., no aportó un solo medio de convicción que demostrara que brindó la información necesaria a la afiliada, ahora demandante, previo a su traslado. De hecho, como se advirtió no existió asesoría, y solo esa AFP pretendió acreditar el cumplimiento de dicha obligación únicamente con la suscripción del formulario de afiliación preimpreso, por parte de la demandante, y aunque no se requiere prueba solemne para demostrar la ejecución del deber de información, el medio debe ser útil para acreditarlo, pero ni siquiera existe referencia testimonial sobre la supuesta asesoría verbal, sobre todo con las características que se exigen, y no una simple mención de las bondades del régimen.

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP suscrito el **12 de septiembre 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.

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

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

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

Ahora bien, la teoría de la afiliación tacita o de los actos de relacionamiento que implican ratificación del afiliado de permanecer en el RAIS que refiere Colpensiones, la cual fundamentó en una sentencia de la Sala 4ª Laboral de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia, **no es admisible** porque va en contravía de la jurisprudencia emitida por la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia, que tiene determinado que la validez del traslado de régimen pensional se examina al momento del traslado del RPM al RAIS, por ende, debe evaluarse qué información le fue entregada al potencial afiliado para tomar esa decisión, justo en ese preciso momento o previo a este. Sobre las decisiones tomadas por esa Sala de Descongestión, en sentencia CSJ SL1055-2022, se indicó:

> *Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse*

en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

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

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

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

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

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 que se diga que 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.

Igualmente, se debe destacar, que cuando la demandante llevó a cabo el traslado al RAIS, acorde con lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, 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*».

Y es que no puede perderse de vista que, el traslado de régimen reviste un aspecto fundamental y trascendental en la vida laboral de cualquier afiliado, por cuanto está de por medio el acceso a un derecho fundamental, con es el de la pensión de vejez, de tal suerte que lo mínimo que podría esperarse por parte de los fondos de pensiones, es que de esa importante decisión existan los registros documentales, fílmicos o de cualquier otra naturaleza probatoria que permitan corroborar que dio a conocer al futuro afiliado todos los pormenores, consecuencias e implicaciones que ese cambio de régimen significaba, así como las características de uno y otro régimen 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; en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juzgador 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 cambió 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.

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; 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, 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 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).

Cabe indicar que el alegato de entidad sobre el principio de sostenibilidad financiera del sistema, que tiene rango constitucional, se encuentra desarrollado en la prohibición contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, consiste en que nadie puede trasladarse de régimen si no ha permanecido en el anterior 5 años o si le faltan 10 años o menos para cumplir la edad de pensión, regla que además ha sido declarada exequible en los términos de la Sentencia C-1024 de 2004, por lo que, como se explicó en esa providencia, no es concebible que una persona se traslade del RAIS al RPM faltándole poco para cumplir la edad de pensión, porque ello desfinanciaría el sistema, en cuanto como se indicó allí, esas personas no contribuyeron al fondo común en la misma forma en que lo hicieron los demás y "*no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico";* no obstante, la falta de información en que incurrió la AFP que propició el traslado, y que permite regresar al RPM, se hace con todos los recursos contenidos en la cuenta individual que tenía la demandante en el RAIS, inclusive, como se dijo, con los rendimientos, gastos de administración y todo lo que apareja haber estado en ese último régimen, y si bien la entidad pública no ha podido tener en consideración el caso de la accionante en sus cálculos actuariales para los actuales y futuros pensionados, aquella no debe cargar con esa responsabilidad, pues el daño lo ocasionó la AFP, de ahí que el organismo esté habilitado para eventualmente demandar perjuicios.

Además, el derecho a la información oportuna, veraz y suficiente que debió entregársele al afiliado en el momento del traslado, no puede cercenarse por una política pública que no controló adecuadamente la actuación de las administradoras de pensiones privadas, que de manera indiscriminada se pusieron en la tarea de captar afiliados, y no asesorar adecuadamente, sin tener en cuenta la relevancia de las garantías en juego, por lo que, si Colpensiones encuentra ahora un desbalance o desequilibrio en sus finanzas, es un asunto estatal que debe remediar, pero sin que

ello pueda cargársele al afiliado inerme, ante el desconocimiento de los entes administradores del sistema que no hicieron énfasis en los derechos que también les asistían a los trabajadores.

PRESCRIPCIÓN

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

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

En consecuencia, se confirmará la decisión en este punto también.

DEL COMUNICADO DE PRENSA DE LA SENTENCIA SU-107 DE 2024.

El pasado 9 de abril de 2024, la Corte Constitucional emitió un comunicado de prensa sobre la aludida sentencia que tiene como propósito modular el precedente de la Corte Suprema de Justicia en materia probatoria en procesos ordinarios donde se discute la ineficacia del traslado de afiliados entre los dos regímenes pensionales por problemas de información ocurridos entre 1993 y 2009; no obstante, como a la fecha, la providencia en sí no ha sido publicitada y dada a conocer al público, la Sala considera que dicho comunicado no tiene fuerza vinculante, tal como la misma Corte Constitucional lo explicó en Auto 201 del 2013, así:

> *7. Al respecto, esta Sala Especial recuerda que el alcance de los comunicados de prensa es meramente informativo, que no son sentencias y, en esa medida, al no responder a las características propias de las providencias judiciales, no se les confiere fuerza vinculante de ninguna índole. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que:*
>
> > *"el Reglamento Interno de la Corte Constitucional, en el literal c) de su artículo 9º, establece como función del Presidente de la Corporación la de "servir a la Corte de órgano de comunicación", de modo que "sólo él podrá informar oficialmente de los asuntos decididos en Sala Plena" y, precisamente, en ejercicio de esta función, el presidente expide y firma los comunicados de prensa, cuyo carácter es meramente informativo, según lo ha puesto de presente la Corporación al señalar que "son un medio expedito para dar a conocer a los ciudadanos las sentencias que profiere la Corte, pero no reemplazan la decisión misma".*

> *8. En esa medida, la Corte ha reconocido la posibilidad de que se presenten variaciones entre el comunicado de prensa y la sentencia "documentada y firmada". Así, atendiendo a las discrepancias que pueden surgir entre uno y otro, de una parte, y a la naturaleza y alcance que diferencian los comunicados de prensa de las providencias judiciales, de la otra, la Corte Constitucional sostuvo que no se le puede otorgar al comunicado "capacidad para afectar la providencia cuya adopción se limita a anunciar", pues "se le conferiría una fuerza vinculante que, fuera de no corresponderle, enervaría la sentencia misma y la vaciaría de su contenido y de su valor".*
>
> *9. Bajo el mismo argumento, esta Sala Especial considera que no se le debe otorgar al comunicado de prensa de una determinada sentencia la capacidad para afectar otra providencia que ya se adoptó y que está en firme (…)* (Subrayado del texto original).

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las recurrentes, como quiera que el 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:

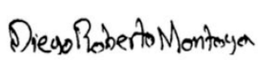
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
039 2022 00521 01

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones y la AFP Porvenir, la suma de $1.300.000 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	11001310503820220004001
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MARIO ANGARITA ARÉVALO
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS
LLAMADA EN GARANTÍA	MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

En Bogotá D. C. a los Treinta (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), 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, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **MARIO ANGARITA ARÉVALO** 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 en 2003, a través de la AFP Porvenir S.A. así como el traslado horizontal que efectuó a la AFP Skandia, por omisión al deber de información; en consecuencia, se condene a COLPENSIONES a recibirlo como afiliado cotizante; que se ordene a las AFP Porvenir S.A. y Skandia a devolver todos los recursos, 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 hubieren causado y hacer el respectivo traslado de sus cotizaciones a COLPENSIONES; 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 nació el 26 de octubre de 1962; que estuvo afiliado al RPM desde el año el 15 de abril de 1987 hasta el 18 de febrero de 2003; que en esa data se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir; que el 13 de junio de 2013, nuevamente se trasladó al fondo de pensiones Skandia.

Sostuvo que, en visita efectuada por un asesor de la AFP PORVENIR S.A. y la APF SKANDIA S.A., cada una en su respectivo momento, le ofrecieron el beneficio de pensionarse a más temprana edad y la manifestación de que el ISS iba a ser liquidado, por lo que sus aportes se encontrarían en riesgo; que le indicaron que el monto de la pensión sería más alto al que le otorgaría el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES; que no se le manifestó al momento de la afiliación, el monto del capital requerido en las AFPS PORVENIR S.A. y la AFP SKANDIA S.A., cada una en su respectivo momento que, para obtener una pensión en renta vitalicia y en retiro programado; tampoco le indicaron el monto del capital requerido para que pudieran heredar sus beneficiarios en retiro programado, ni que el plazo para retornar al régimen solidario con prestación definida vencía cuando el cumpliese los 52 años de edad; que los asesores de las AFPS PORVENIR S.A. y la AFP SKANDIA S.A., le manifestaron que si al cumplir la edad no quería pensionarse, podría solicitar le devolvieran el capital que tuviese acumulado a dicha fecha sin restricción alguna.

Agregó que, NO le elaboraron al momento de la asesoría sobre el traslado de régimen la proyección de la pensión, mostrando la diferencia de la pensión que recibiría en el régimen de prima media y en el régimen de ahorro individual por el representado; que suscribió formulario de afiliación No. 01648799, con la AFP PORVENIR S.A., el 18 de febrero de 2003, y con la AFP DE SKANDIA el 17 de junio de 2013, administradora en la que a la fecha se encuentra realizando sus aportes; que dichos formularios NO presentaron la información suficiente, clara y concisa que le permita tomar la mejor decisión respecto a su perspectiva pensional.

Expuso que, en respuesta a petición efectuada por mi poderdante del 29 de diciembre del año 2021, SKANDIA S.A., le informa que tenía un total de capital acumulado en su cuenta individual de ($96.564.305) PESOS M/CTE; que con base en el mencionado documento, la AFP SKANDIA S.A., niega efectuar el comparativo de pensión entre los dos regímenes, además de indicar cuál sería el valor de la mesada pensional en PORVENIR y en COLPENSIONES, a pesar que cuenta con la mejor posición, personal idóneo y tecnología para cumplir con la actividad peticionada; que radicó solicitud de reclamación administrativa y/o traslado de régimen pensional, ante

COLPENSIONES el 13 de diciembre del año 2021, entidad que RECHAZO la solicitud mediante el oficio 13 de diciembre del año 2021; que el 10 de diciembre de 2021, mi poderdante presentó Reclamación Administrativa, de la NULIDAD de la afiliación del traslado del régimen a PORVENIR S.A., quien rechazó la solicitud mediante el oficio del 4 de enero del año 2022.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 07 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, la afiliación al ISS, y el agotamiento de la reclamación administrativa; frente a los demás, indicó que no eran ciertos o no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones de fondo, las de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373-2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, no procedencia del cobro de costas y la innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A**., contestó (archivo 08 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 este se trasladó a dicha entidad, y la solicitud de nulidad de su traslado; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos en la forma redactada. 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 SKANDIA S.A**., contestó (archivo 09, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la vinculación a ese fondo y la solicitud de nulidad de traslado elevada; frente a los demás, indicó que no eran ciertos o no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones de fondo, las de actos de relacionamiento, 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, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal - falta de interés negociable, prescripción de la acción, la prescripción de las acciones

que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración, buena fe y la genérica.

Adicionalmente, dicho fondo de pensiones solicitó el llamamiento en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (fs.° 70 a 77 archivo 09, carpeta 1ª inst, exp. digital), en virtud de los contratos de seguro previsional suscritos entre dicha entidad y SKANDIA, el que fue admitido por el Juzgado de origen (archivo 12 carpeta 1ª inst, exp. digital). Una vez notificada esa aseguradora, contestó la demanda señalando que se oponía a las pretensiones de esta y que no le constaba ningún hecho. Frente al llamamiento en garantía.

Formuló como excepciones de mérito, las que denominó: la AFP Skandia carece de amparo y/o cobertura frente a la acción material ejercida por la parte demandante, al no tener relación el riesgo objeto de protección asegurativa con el objeto material de las pretensiones, inexistencia de derecho contractual por parte de la AFP Skandia, Mapfre no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devolución de las primas ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ellas fueron legalmente devengadas y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, a Mapfre no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante, AFP Skandia y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna y prescripción de la acción derivada del contrato de seguro.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 7º de septiembre de 2023 (archivo 28 carpeta 1ª inst, exp. Digital), resolvió:

> *PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por el señor MARIO ANGARITA ARÉVALO con destino a la A.F.P. PORVENIR S.A. con la ocasión de la suscripción del formulario de afiliación del 18 de febrero de 2003. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.*
>
> *SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y a las A.F.P. SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., y PORVENIR S.A., para que conjunta y coordinadamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a reactivar al demandante en condición de afiliado, en el Régimen de Prima Media con Presión Definida administrado por COLPENSIONES, y a trasladar al mismo régimen, los recursos percibidos por cuenta del demandante en el RAIS, durante el tiempo que duro irregularmente vinculada a este régimen, debiendo transferirse los respectivo los recursos debidamente indexados, en la forma señalada en la parte motiva de la presente sentencia.*

Siendo pertinente señalar que las A.F.P. SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., y PORVENIR S.A., contarán con un término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, para finiquitar este procedimiento, resaltando que el pago correspondiente, se podrá hacer tomando para el efecto el importe de sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante y solo en caso de ser insuficientes, se pagarán con los recursos propios de las A.F.P. SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., y PORVENIR S.A., en proporción al tiempo al que estuvo afiliado el demandante a estas administradoras, sin lugar de descuento alguno. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

Cabe anotar que al subsistir saldos en la cuenta de ahorro luego de estos procedimientos, los cuales deberán ser girados con destino al fondo de solidaridad pensional.

TERCERO: ABSOLVER a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIVA SEGUROS S.A., de las pretensiones formuladas en el llamamiento en garantía por la SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. en el marco del llamamiento en garantía, por lo señalado en la parte motiva.

TERCERO (sic): EXCEPCIONES frente al llamamiento. dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas, y frente a la absolución que procede, frente al llamamiento en garantía, el Despacho se releva del estudio de las propuestas por MAPFRE.

QUINTO: COSTAS. Lo serán a cargo de la demandada A.F.P. PORVENIR S.A. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de $1´000.000, en favor del accionante. Sin costas a cargo COLPENSIONES ni SKANDIA. En cuanto el llamamiento en garantía, las costas serán a cargo de la demandada SKANDIA S.A., En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de $1´000.000, en favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

El Juzgado, luego de hacer un recuento y análisis de las pruebas recaudadas, indicó que si bien el actor había indicado que había recibido una asesoría, en el expediente no obraba prueba sobre qué aspectos había versado la misma o qué información recibió el actor, por lo que el caso debía analizarse a la luz del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 13 de la misma norma, donde se establece que el empleador y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedor a las sanciones allí previstas, destacándose que la afiliación quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador, lo que a su juicio, implicaba que debía acreditarse los vicios del consentimiento, esto es, el error, la fuerza y el dolo, los cuales a la luz de las pruebas que estaban en el informativo no se acreditaban.

No obstante lo anterior, expresó que la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL2929-2022, al analizar un caso fallado en primera instancia por ese despacho, había indicado que al no acreditarse el deber de

información prácticamente de forma inmediata debía deducirse la configuración de esa declaratoria de ineficacia al margen de que no se hayan acreditado los vicios en el consentimiento, pues la CSJ parte de la base de que era la AFP quien debía probar que información le había suministrado a la afiliada al momento de su vinculación al RAIS, y esta debía ser analizada a fin de determinar si era suficiente para tomar una decisión informada, por lo que en ese particular contexto y acatando la sentencia referida y analizando las pruebas obrantes en el informativo no se evidencia cual fue la información que le entregó al demandante previo a la suscripción del formulario de afiliación o traslado del régimen pensional, como para calificarla de completa, objetiva y comparada entre los diferentes regímenes pensionales y las consecuencias asociadas entre ellos.

Afirmó que, correspondía a la AFP accionada, demostrar qué información le entregó a la demandante al momento de su traslado de régimen pensional, con el fin de determinar si la misma había sido objetiva, comparada y transparente sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes vigentes, y las consecuencias asociadas al traslado y que de las pruebas traídas al proceso no se infería el cumplimiento de dicho deber, por lo que debía declararse la ineficacia del cambio de régimen pensional realizado el 18 de febrero de 2003, imponiendo condena en los términos indicados en la parte resolutiva del fallo.

Respecto del llamamiento en garantía a Mapfre, refirió que la CSJ en su amplia línea jurisprudencial no había determinado que fuese esa entidad la que tuviese que devolver las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porque esto no era una consecuencia de la ineficacia, por ende, absolvería a esta de las pretensiones incoadas en su contra por la AFP Skandia. Por último, declaró no probadas las excepciones propuestas.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR** sustentó su recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, argumentando que, si bien existe una amplia línea jurisprudencial sobre la ineficacia del traslado, la misma CSJ ha indicado que esta no se podía aplicar de manera automática a todos los casos, pues debía existir una similitud fáctica en los casos analizados, lo que no aplicaba en este caso, porque el demandante realizó válidamente su traslado al RAIS, ya que esta fue libre y sin presiones.

Narró que, la AFP cumplió con los deberes que le eran oponibles para la fecha del traslado de régimen, pues lo único que se exigía, era el formulario de afiliación luego de una asesoría verbal; que no se daban los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, porque en 2003, no se exigía a las AFP guardar documentación alguna acerca de la asesoría brindada al afiliado.

Sostuvo que, debía tenerse en cuenta lo declarado por el demandante en el interrogatorio de parte, en donde afirmó que todo le había quedado claro; que se le habló de la posibilidad de devolución de aportes, de los beneficiarios; que tuvo la oportunidad de ver el formulario de afiliación y corroborar que sus datos estuvieran bien; que no se acercó a los canales de Colpensiones para verificar su situación pensional, sin manifestar inconformidad alguna en el tiempo que estuvo vinculado cono porvenir.

Adujo que, debía tenerse en cuenta que el actor efectuó traslado horizontal lo cual demuestra su vocación de permanencia en el régimen de ahorro individual, como también su conocimiento sobre las características de este; que el accionante ya no se encuentra afiliado a Porvenir, por lo que esa entidad ya no cuenta con ningún valor del demandante, porque cuando se hizo el traslado a Skandia se procedió a devolver los rubros correspondientes.

Dijo que, en el evento de una eventual confirmación de la sentencia, no se condene a los gastos de administración y las primas de seguros previsionales como quiera que dichas sumas gozaron de una destinación conforme lo establece el artículo 20 de la Ley 100/93, lo cuales ya fueron debidamente invertidos. En cuanto a la indexación, dijo que debía tenerse en cuenta lo señalado por el Tribunal de Cundinamarca y del Amazonas, en cuanto a que se si se pagan rendimientos, no se pueden generar la entrega de dineros debidamente indexada, por cuanto esto genera una actualización de la moneda y se estaría generando una doble condena por el mismo concepto.

La **AFP SKANDIA** respaldó su recurso en que si la sentencia dispuso la declaratoria de ineficacia del traslado, esta debe generar unos efectos, los cuales deben estar regulados en la ley, en donde se determinan los rubros que deben trasladarse del RAIS al RPM; que para el efecto, existe el artículo 7º del Decreto 3995 de 2008, en donde no se contempla la devolución de los porcentajes de gastos de administración; que ello guarda relación armónica con el artículo 20 de la Ley 100/93,

el cual le da una destinación específica a estos, por lo que solicita la revocatoria de la sentencia.

De igual forma, indicó que no estaba de acuerdo con la decisión de absolver a la aseguradora por cuanto si bien se ordenó la declaratoria de ineficacia, ello fue respecto de la pensión de vejez, pero no frente a la contingencia de invalidez o muerte; que aun cuando ello deja sin efecto el contrato de seguros previsionales porque se pierde el interés asegurable, debe tenerse en cuenta que el artículo 1045 (sin indicar de qué codificación), que uno de esos elementos esenciales de los contratos de seguro previsional es el interés asegurable y la norma contempla que de no existir algunos elementos, no procederá el efecto alguno de ese contrato, por lo que insiste en la prosperidad del llamamiento en garantía por cuanto es un respaldo de orden legal que consagra el Código de Comercio.

De otra parte, en cuanto a la indexación de los diferentes conceptos ordenados devolver en la sentencia, manifestó que se acogía también al recurso elevado por Porvenir, en razón a que ya se generaron los rendimientos financieros, con lo cual se estaría compensando la indexación.

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación solicitando la revocatoria del fallo, argumentando para ello que el artículo 83 de la Constitución Política, establece que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas debían ceñirse a la buena fe, la cual se presumiría, lo que imponía en cabeza del promotor del litigio desvirtuar la buena fe con la que había obrado el asesor de la AFP Horizonte que le realizó el traslado de régimen.

Frente a la carga de la prueba, dijo que hasta el año 2010, los fondos privados solo se les exigía demostrar la existencia del formulario de afiliación para acreditar el traslado al RAIS, no siendo viable imponer cargas adicionales no establecidas en la ley, sin que pueda desconocerse que ese vínculo contractual genera cargas reciprocas, los cuales fueron aceptados por el accionante con la firma del formulario de afiliación.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir, Skandia 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, ***i)*** si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Porvenir S.A., y posteriormente a Skandia, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por el promotor del litigio en el RAIS; ***ii)*** si Skandia está obligada a devolver los aportes voluntarios realizados por el actor; y ***iii)*** si la aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. debe responder por las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que el señor MARIO ANGARITA ARÉVALO nació el 26 de octubre de 1962; ***ii)*** que se afilió al ISS donde aportó desde el 18 de diciembre de 1987, hasta el 31 de marzo de 2003, un total de 784,71 semanas; ***iii)*** que el 18 de febrero de 2003, en se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir, cuando suscribió el formulario de afiliación; y ***iv)*** que el 13 de junio de 2013, nuevamente se trasladó al fondo de pensiones Skandia, en donde permanece afiliado en la actualidad; lo anterior, tal y como se desprende de los archivos 07, 08 y 09 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.° del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria*

para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «*poder tomar decisiones informadas»*.

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**18 de febrero de 2003**-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP suscrito el **18 de febrero 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.

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

2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

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

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

Ahora bien, la teoría de la afiliación tacita o de los actos de relacionamiento que implican ratificación del afiliado de permanecer en el RAIS que refiere Colpensiones, la cual fundamentó en una sentencia de la Sala 4ª Laboral de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia, **no es admisible** porque va en contravía de la jurisprudencia emitida por la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia, que tiene determinado que la validez del traslado de régimen pensional se examina al momento del traslado del RPM al RAIS, por ende, debe evaluarse qué información le fue entregada al potencial afiliado para tomar esa decisión, justo en ese preciso momento o previo a este. Sobre las decisiones tomadas por esa Sala de Descongestión, en sentencia CSJ SL1055-2022, se indicó:

> *Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.*
>
> *Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión.* ***En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores***

dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad. (Negrillas fuera del texto original).

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

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

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

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 y Porvenir al señalar que 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, máxime en este caso, donde el afiliado al momento de firmar el formulario de traslado en 2003, era beneficiario del régimen de transición en razón a las semanas cotizadas que superaban las 750, y por ello el deber de información y el análisis a su caso en particular debía ser mucho más riguroso, pero aquí Porvenir no demostró siquiera que hubiese entregado información básica.

Frente al reparo formulado por Colpensiones y Porvenir según el cual para la fecha en que el demandante llevó a cabo el traslado al RAIS no le era exigible a la AFPS suministrar la información con el detalle que se requiere, la 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*».

Y es que no puede perderse de vista que, el traslado de régimen reviste un aspecto fundamental y trascendental en la vida laboral de cualquier afiliado, por cuanto está de por medio el acceso a un derecho fundamental, con es el de la pensión de vejez, de tal suerte que lo mínimo que podría esperarse por parte de los fondos de pensiones, es que de esa importante decisión existan los registros documentales, fílmicos o de cualquier otra naturaleza probatoria que permitan corroborar que dio a conocer al futuro afiliado todos los pormenores, consecuencias e implicaciones que ese cambio de régimen significaba, así como las características de uno y otro régimen pensional.

De otro lado, del interrogatorio de parte rendido por la actor, advierte la Sala que de este no se desprende confesión alguna en los términos del artículo 191 del CGP, que permita acreditar que Porvenir S.A. haya dado cumplimiento al deber de información y tampoco se avizoran la supuestas contradicciones que lleven a cuestionar la veracidad de su declaración, pues el demandante se limitó a manifestar que en el 2003, una asesora de Porvenir le indicó sobre las garantías que le brindaba el RAIS; que el ISS iba a desaparecer; que en el fondo privado tendría unos mejores beneficios y ventajas, una pensión más alta, podría acceder a pensión anticipada y a la devolución de aportes; que su pensión sería heredable, sin ninguna limitación ni restricción; que no se le explicó sobre la cuenta de ahorro individual a su nombre; que no conocía los requisitos para pensionarse con el Seguro Social; que en el 2013, se le acercó una asesora de Skandia, ratificándole los beneficios que le ofreció Porvenir, pero con la mejoría de que su pensión iba a ser superior, por lo que tomó la decisión de trasladarse a ese fondo; que decidió instaurar esta demanda por cuanto se dio cuenta que los beneficios que le ofrecieron en el fondo privado no eran ciertos; que al momento de suscribir el formulario de afiliación se limitó a verificar que sus datos estuvieran correctos. Acorde con dicha declaración, de allí no se desprende que se suministró una debida asesoría o que se hubiesen enunciado las implicaciones del acto del traslado, en los términos antes explicados. En este sentido, se considera que

no tiene asidero el reparo que Colpensiones pretende fincar en supuestas confesiones y contradicciones en la declaración del actor.

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; 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.

De otra parte, cabe señalar que no es obligatorio para esta Sala de Decisión dar aplicación a sentencias proferidas por otras Salas Laborales de este Tribunal como lo pretende el recurrente, pues se trata de un precedente horizontal, el cual no resulta vinculante, máxime cuando el que aquí se acoge, es el vertido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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 cambió 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.

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; 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, por esta razón, no se acogen los fundamentos esbozados por Porvenir y Skandia.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES,

declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

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

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

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Frente al reparo formulado por Skandia S.A. encaminado a que se ordene la devolución de las primas de seguro canceladas por esta, con cargo a Mapfre Colombia Vida S.A., se indica que el mismo no está llamado a prosperar, pues a criterio de la Sala, tal reembolso en modo alguno debe ser asumido por la aseguradora, debido a que esta fue ajena a los actos de afiliación y traslado que dieron lugar a la ineficacia que se declara. Sumado a ello, los riesgos asegurados no son otros más que la muerte, invalidez por riesgo común, incapacidad temporal y auxilio funerario, sin que de allí se desprenda que la aseguradora deba garantizar patrimonialmente las obligaciones impuestas en el presente juicio, dado que su responsabilidad se limita únicamente a las coberturas contratadas, esto es frente la invalidez y sobrevivencia, respecto de la

afiliación del promotor de la contienda, al fondo de pensiones Skandia, hecho que no se consumó hasta la data de la esta providencia, de tal suerte que ninguna obligación surgió a cargo de la aseguradora por tales contingencias.

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.

En consecuencia, se confirmará la decisión en este punto también.

COSTAS

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de ordenar 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 esas administradoras, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta

de ahorro individual. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

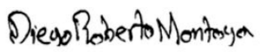
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones, la AFP Porvenir, y Skandia, 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	11001310503620220023501
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	JOSÉ MIGUEL GAITÁN FAJARDO
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS - SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

El señor **JOSÉ MIGUEL GAITÁN FAJARDO** pretende que se **declare** la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS); que se **condene** a Colfondos S.A. y Skandia S.A a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, y rendimientos causados; que se **condene** a lo que resulte probado en uso de las facultades extra y ultra petita, al pago de las agencias en derecho y costas procesales.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f ° 7 a 9 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital) señaló en síntesis, que nació el 13 de noviembre de 1959; realizó cotizaciones desde 1985, al Sistema General de Pensiones; que en 1994 recibió asesoría por parte de un asesor de las AFP del RAIS; que no recibió información clara,

cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional; que los asesores de Colfondos S.A lo convencieron para trasladarse en julio de 1994; que posteriormente, se trasladó el 29 de junio de 2000, a la AFP Skandia S.A; que efectuó a Colpensiones un total de 431.14 semanas cotizadas, y en el RAIS 887 semanas; que cuenta con un total de 1.318 semanas cotizadas; que Skandia S.A. le realizó una proyección pensional donde le señaló que el monto posible de su pensión sería de $1.412.049; que el 17 de agosto de 2021 presentó reclamación administrativa ante Colpensiones y Skandia S.A, solicitando la nulidad o ineficacia del traslado al RAIS, la cual fue negada por ambas entidades; que en similares términos, presentó petición ante Colfondos S.A; solicitud que no fue respondida.

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 del accionante, las cotizaciones efectuadas en el Sistema General de Pensiones, la reclamación administrativa y su respuesta negativa. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle o no ser ciertos.

Como excepciones de mérito, propuso las de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, inexistencia de causal de nulidad o ineficacia de traslado, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la CN), buena fe de Colpensiones, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicación de la sentencia SL373 de 2021, y la innominada o genérica.

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. contestó (archivo 10, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó las cotizaciones realizadas en el Sistema General de Pensiones, su trasladó el 29 de junio de 2000, las semanas efectuadas en el RAIS, el total de semanas cotizadas en toda su vida laboral, la proyección pensional que realizó el 31 de marzo de 2021, la petición presentada y su negativa respuesta. Frente a los demás hechos, manifestó no constarle o no ser ciertos.

Como excepciones de fondo, propuso la de 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, 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, lo accesorio sigue la suerte de lo principal, falta de interés negociable, prescripción de la acción, prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro, gastos de administración, buena fe y la genérica.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, contestó (archivo 13, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos solo aceptó la fecha de nacimiento del actor. Frente a los demás hechos, manifestó no constarle o no ser ciertos.

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

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 4 de septiembre de 2023 (archivos 22 y 25 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

> ***PRIMERO: DECLARAR*** *la ineficacia del traslado efectuado por* ***JOSÉ MIGUEL GAITÁN FAJARDO*** *del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad el 1° de julio de 1994, a través de* ***COLFONDOS S.A.***
>
> ***SEGUNDO: ORDENAR*** *a* ***SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.*** *a normalizar la afiliación del actor en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES****, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del actor, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas. Así como, entregar el archivo y el detalle de aportes realizados durante la permanencia en el RAIS.*
>
> ***TERCERO: ORDENAR*** *a* ***COLFONDOS S.A.*** *a trasladar a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES****, la totalidad de los valores que*

hayan sido descontados de la cuenta de ahorro individual del actor durante la vigencia de su afiliación de este con dicha AFP, por gastos de administración, comisiones, incluidos los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas a la fecha de su pago.

***CUARTO: ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes, a la historial laboral del demandante.*

***QUINTO: DECLARAR** no probada la excepción de prescripción.*

***SEXTO: CONDENAR** en COSTAS a **COLFONDOS S.A** y **SKANDIA S.A.** Liquídense como agencias en derecho con la suma de un millón de pesos ($1.000.000) a cargo de cada una de las mismas.*

Para **fundamentar su decisión** sostuvo que, la obligación de información se encuentra en cabeza de las AFP desde la expedición de la Ley 100 de 1993, además de estar regulado en el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, estableciendo que las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en sus operaciones, la cual les permita escoger a través de elementos claros y objetivos escoger las mejores opciones del mercado. Indicó, que la Corte Suprema de Justicia ha establecido en reiterada jurisprudencia que el deber de información se encuentra en cabeza de las AFPS desde la expedición de la Ley 100 de 1993, y que el incumplimiento a este deber genera la ineficacia del traslado. Sobre este tema citó la sentencia con radicado 31989 de 2008, 33083 de 2011, SL 12136 de 2014 y SL 19447 de 2017.

Adujo que, la Corte a partir de la sentencia SL 31989 de 2008 sostuvo que frente al incumplimiento del deber de información acarrea la nulidad, pero que, a partir de la sentencia SL 1421 de 2009, empezó a referirse a la ineficacia del traslado, postura que ha sido reiterada en sentencias como la SL 1452 de 2019, SL 373 de 2020, entre otras.

Expuso que, en la sentencia SL 4360 de 2019, se entiende que la ineficacia hace referencia a los defectos o anomalías de cualquier clase que impiden que el acto jurídico produzca sus efectos, y comprende la inexistencia, la nulidad absoluta o relativa, y la ineficacia en sentido estricto, aunado a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 se contempla que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia del acto jurídico por no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro.

Asimismo, referenció que han surgido varias subreglas jurisprudenciales como en la sentencia SL 1055 de 2022, que consagra que el deber de información implica

que: ***i)*** no se agota con la suscripción del formulario de afiliación, ***ii)*** la carga probatoria consiste en acreditar el deber de información se encuentra en cabeza de las AFPS, ***iii)*** no es necesario que la persona sea beneficiaria del régimen de transición, ***iv)*** no se requiere acreditar la configuración de un perjuicio, ***v)*** el hecho de que uno de los argumentos del afiliado consista en que obtendrá una mejor pensión en el RPM, no implica que no proceda la ineficacia por el incumplimiento del deber de información, ***vi)*** el incumplimiento del deber de información no se analiza desde el régimen de las nulidades, sino desde la ineficacia, e ***vii)*** incluso cuando exista traslado entre AFPS, ello no desdibuja el incumplimiento del deber de información. Aunado a que dicha sentencia es primordial porque no es posible aplicar la teoría de los actos de relacionamiento.

Por lo anterior, para la fecha del traslado del actor en 1994, existía una disposición legal conforme a la cual, la AFP debía brindar la información legal necesaria para que existiera transparencia en su decisión, brindándole al afiliado los elementos de juicio claros y objetivos según las reglas del numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993.

Arguyó que, para el momento del traslado, la AFP no demostró que le haya suministrado al promotor de la litis las características del RAIS, ventajas y desventajas del cambio de régimen como lo ha contemplado la Corte en la sentencia SL 2177 de 2022.

En conclusión, que las AFPS no cumplieron con la carga probatoria contemplada en el artículo 167 del C.G.P, por tal razón, tiene vocación de prosperidad la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, por lo tanto, las demandadas debían retornar a Colpensiones todos los dineros que hubieren recibido con motivo de la afiliación del trabajador y ser reintegrados a Colpensiones, debidamente indexados. Sobre este tema citó las sentencias SL 2877 de 2020 y SL 4609 de 2021.

De otra parte, con respecto al estudio de las excepciones, particularmente la prescripción, explicó que por mandato constitucional el artículo 48 de la Constitución Política, el derecho a la seguridad social es irrenunciable e imprescriptible, tal y como se establece en la sentencia SL 1688 de 2019.

Finalmente, fijó las costas a cargo de Colfondos S.A y Skandia S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

COLFONDOS S.A. formuló recurso de apelación, manifestando que no es posible devolver los gastos de administración, las primas de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; frente a las primas de seguro previsional, manifestó que estos rubros fueron reconocidos a la aseguradora para cubrir los riesgos de invalidez o sobrevivencia, frente a una eventual reclamación por cualquiera de estos siniestros. Agregó, que al administrar los dineros de manera diligente y con cuidado, aunado a que se generaron rendimientos por su actividad, no es posible retornar los gastos de administración. Finalmente, indicó que si se trasladan dichos emolumentos se estaría causando un enriquecimiento sin justa causa en favor del actor.

SKANDIA S.A indicó que, no se deben devolver los gastos de administración, comisiones y primas de seguro previsional, toda vez que se usaron en la correcta administración de la cuenta de ahorro individual del actor, y garantizaron una rentabilidad mínima, aunado a que cubren los posibles riesgos de invalidez o muerte, por lo que, según el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, los únicos dineros que se deben trasladar son los rendimientos y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Por último, indicó que si se trasladas dichos emolumentos se causa un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones; y en caso de confirmar la sentencia, no se condene a la indexación, dado que se generaron unos rendimientos que compensan cualquier devaluación que se haya causado.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Colfondos S.A. 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 son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que el señor **JOSÉ MIGUEL GAITÁN FAJARDO** nació el 13 de noviembre de 1959 (f° 7, archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); ***ii)*** que estuvo afiliado al ISS y realizó cotizaciones entre el 12 de febrero de 1985 y marzo de 1996 (f° 42, archivo 01, ibid.); ***iii)*** que el 2 de junio de 1994, y con fecha de efectividad a partir del 1° de julio de ese mismo año tal como lo aceptó la demandada AFP Colfondos, el actor se trasladó a dicho fondo (f° 67, archivo 10, ibid); ***iv)*** que el 29 de junio de 2000, firmó formulario de traslado a la AFP Skandia, a la cual se encuentra vinculado actualmente (f° 61, archivo 01 y f° 34, archivo 10 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y ***v)*** las peticiones presentadas ante Colpensiones, Skandia S.A. y Colfondos S.A. (f° 8 ibid.).

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

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir

entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

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

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

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

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

Así, para la fecha en que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**02 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, al haber sido la AFP Colfondos S.A., la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, la pasiva Colfondos SA aceptó que en dicha época se llevó a cabo el traslado, pese a que en el expediente no se encontró la prueba del respectivo formulario, pero es claro que esa cambio no pudo llevarse a cabo sin la suscripción del mismo, máxime que en el asunto no se discute alteración, suplantación, fraude o cualquier desconocimiento de la voluntad del afiliado, pues éste mismo reconoció en la demanda el hecho del traslado, por ende, el extremo pasivo no puede ampararse en un simple formato con datos personales y laborales, que es la exigencia que deben cumplir todas las AFP a la hora de materializar ese asentimiento, pero no significa que se haya cumplido 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 Colfondos a Skandia o porque le realizaron una reasesoría, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque

al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

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

Entonces, como la declaratoria de ineficacia del traslado tiene como sustento el incumplimiento del deber de información en el traslado inicial, al estar afectado el acto jurídico primigenio, los negocios jurídicos que le siguen, adolecen de igual afectación, entre ellos, los traslados que se efectúen a los diversos fondos privados, pues el efecto de la declaratoria de ineficacia es volver al estado anterior, lo que implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el cambio de sistema pensional no hubiera existido jamás.

Es más, lo que alcanzó a manifestar Colpensiones en su escrito de contestación sobre la teoría de la afiliación tacita o de los actos de relacionamiento que implican ratificación del afiliado de permanecer en el RAIS, la cual fundamentó en una sentencia de la Sala 4ª Laboral de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia, **no es admisible** porque va en contravía de la jurisprudencia emitida por la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia, que tiene determinado que la validez del traslado de régimen pensional se examina al momento del traslado del RPM al RAIS, por ende, debe evaluarse qué información le fue entregada al potencial afiliado para tomar esa decisión, justo en ese preciso momento o previo a este. Sobre las decisiones tomadas por esa Sala de Descongestión, en sentencia CSJ SL1055-2022, se indicó:

> *Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.*
>
> *Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión.* ***En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del***

> ***acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad***. (Negrillas fuera del texto original).
>
> ***De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial***. (Negrillas fuera del texto original).
>
> *Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.*
>
> *Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.*

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, no es cierto que se les esté 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 información básica.

Así mismo, sobre el deber de suministrar la información con el detalle que se requiere, 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».

Y es que no puede perderse de vista que, el traslado de régimen reviste un aspecto fundamental y trascendental en la vida laboral de cualquier afiliado, por cuanto está de por medio el acceso a un derecho fundamental, con es el de la pensión de vejez, de tal suerte que lo mínimo que podría esperarse por parte de los fondos de pensiones, es que de esa importante decisión existan los registros documentales, fílmicos o de cualquier otra naturaleza probatoria que permitan corroborar que dio a conocer al futuro afiliado todos los pormenores, consecuencias e implicaciones que ese cambio de régimen significaba, así como las características de uno y otro régimen 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; 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 cambió 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); y como en este caso lo cumplió la juzgadora, se confirmará su decisión.

Dichos valores deben ser indexados, como quiera que, por el transcurso del tiempo, han sufrido perdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta perdida, 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 se despachara desfavorablemente el reparo que al respecto formularon las recurrentes.

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 él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentran 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.

En consecuencia, se confirmará la decisión en este punto también.

COMUNICADO DE PRENSA SOBRE LA SENTENCIA SU-107 DE 2024

El pasado 9 de abril de 2024, la Corte Constitucional emitió un comunicado de prensa sobre la aludida sentencia que tiene como propósito modular el precedente de la Corte Suprema de Justicia en materia probatoria en procesos ordinarios donde se discute la ineficacia del traslado de afiliados entre los dos regímenes pensionales por problemas de información ocurridos entre 1993 y 2009; no obstante, como a la fecha, la providencia en sí no ha sido publicitada y dada a conocer al público, la Sala considera que dicho comunicado no tiene fuerza vinculante, tal como la misma Corte Constitucional lo explicó en Auto 201 del 2013, así

> *7. Al respecto, esta Sala Especial recuerda que el alcance de los comunicados de prensa es meramente informativo, que no son sentencias y, en esa medida, al no responder a las características propias de las providencias judiciales, no se les confiere fuerza vinculante de ninguna índole. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que:*
>
> > *"el Reglamento Interno de la Corte Constitucional, en el literal c) de su artículo 9º, establece como función del Presidente de la Corporación la de "servir a la Corte de órgano de comunicación", de modo que "sólo él podrá informar oficialmente de los asuntos decididos en Sala Plena" y, precisamente, en ejercicio de esta función, el presidente expide y firma los comunicados de prensa, cuyo carácter es meramente informativo, según lo ha puesto de presente la Corporación al señalar que "son un medio expedito para dar a conocer a los ciudadanos las sentencias que profiere la Corte, pero no reemplazan la decisión misma".*
>
> *8. En esa medida, la Corte ha reconocido la posibilidad de que se presenten variaciones entre el comunicado de prensa y la sentencia "documentada y firmada". Así, atendiendo a las discrepancias que pueden surgir entre uno y otro, de una parte, y a la naturaleza*

y alcance que diferencian los comunicados de prensa de las providencias judiciales, de la otra, la Corte Constitucional sostuvo que no se le puede otorgar al comunicado "capacidad para afectar la providencia cuya adopción se limita a anunciar", pues "se le conferiría una fuerza vinculante que, fuera de no corresponderle, enervaría la sentencia misma y la vaciaría de su contenido y de su valor".

9. Bajo el mismo argumento, esta Sala Especial considera que no se le debe otorgar al comunicado de prensa de una determinada sentencia la capacidad para afectar otra providencia que ya se adoptó y que está en firme (…) (Subrayado por fuera del texto original).

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las recurrentes, como quiera que sus recursos de alzadas no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
036 2022 00235 01

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de las AFP Colfondos y Skandia, la suma de $1.300.000 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	11001310503620220009101
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	LUZ MARINA MEJÍA CARDONA
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 (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), 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

La señora **LUZ MARINA MEJÍA CARDONA** pretende que se **declare** la nulidad y/o ineficacia del traslado, efectuado el 5 de noviembre de 2008, con efectividad a partir del 1° de enero de 2009, del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS). En consecuencia, se **ordene** a Porvenir S.A trasladar a Colpensiones el saldo de la cuenta individual de ahorro y sus rendimientos; que se **ordene** a Colpensiones recibirla y mantenerla como afiliada desde el 1° de enero de 2009; que se **condene** al pago de las costas, agencias en derecho y a lo que resulte probado ultra y extra petita.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f ° 6 a 9 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital) señaló en síntesis, que nació el 13 de octubre de 1967; que realizó cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, desde el 3 de marzo de 1991, hasta

2008; que se trasladó al RAIS a través de Porvenir S.A.; que dicha AFP no le informó cual sería el capital necesario para ser beneficiaria de la pensión de vejez, los requisitos para obtener la garantía de pensión mínima, las condiciones para obtener la devolución de saldos, que existía una desmejora en la tasa de reemplazo pensional al trasladarse al RAIS, las características de las modalidades de pensión; que la asesora de Porvenir S.A. la indujo en error al manifestarle que el ISS desaparecería y no tendría a quién reclamarle su pensión.

Narró que, presentó petición ante Porvenir S.A, solicitando la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado del RPM al RAIS, o le certificara la información que le brindó al momento del traslado; la AFP negó la petición sin aportar certificación o soporte acerca de la información. Asimismo, el 13 de diciembre de 2021, elevó reclamación administrativa a Colpensiones, solicitando la declaratoria de ineficacia, la cual fue negada.

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 fecha de nacimiento de la accionante, las cotizaciones efectuadas en el ISS, la reclamación administrativa, y su respuesta negativa. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle o no ser ciertos.

Como excepciones de mérito, propuso las de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, inexistencia de causal de nulidad o ineficacia de traslado, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la CN), buena fe de Colpensiones, 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 11, 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, la petición presentada, y su respuesta. Frente a los demás hechos, manifestó no constarle o no ser ciertos. Como excepciones de mérito,

propuso la 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.

Mediante auto del 24 de agosto de 2022 (archivo 15, carpeta 1ª inst. exp. digital), se ordenó vincular a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, quien contestó (archivo 17, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos solo aceptó la fecha de nacimiento de la actora. Frente a los demás hechos, manifestó no constarle.

Como excepciones de mérito, propuso la de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, traslado de aportes y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 4 de septiembre de 2023 (archivos 29 y 30 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

> ***PRIMERO: DECLARAR*** *la ineficacia del traslado efectuado por* ***LUZ MARINA MEJÍA CARDONA*** *del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad el 05 de noviembre de 2008, a través de la* ***AFP PORVENIR S.A.***
>
> ***SEGUNDO: ORDENAR*** *a la* ***ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.*** *normalizar la afiliación de la actora en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES****, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas al momento de su pago.*
>
> ***TERCERO: ORDENAR*** *a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES*** *a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes, a la historial laboral de la demandante.*
>
> ***CUARTO: DECLARAR*** *no probada la excepción de prescripción.*

***QUINTO: CONDENAR** en COSTAS a **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** Liquídense como agencias en derecho con la suma de un millón de pesos ($1.000.000) a cargo de cada una de las encartadas.*

*Sin costas a cargo de **PROTECCIÓN S.A.***

Para **fundamentar su decisión** sostuvo que, la obligación de información se encuentra en cabeza de las AFP desde la expedición de la Ley 100 de 1993, la cual establece en el literal b) del artículo 13, que los afiliados tienen la posibilidad de elegir de manera libre y voluntaria entre el RPM y el RAIS, elección que parte del pleno conocimiento que tenga el afiliado sobre cada uno de los regímenes pensionales; de igual forma, el deber de información se encontraba consagrado en el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, y con posterioridad, en el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, estableciendo que las entidades del sistema financiero deben suministrar a los usuarios la información legal y necesaria para lograr la mayor transparencia en sus operaciones, que les permita escoger a través de elementos claros y objetivos escoger las mejores opciones del mercado. Agregó, que la Corte Suprema de Justicia ha establecido que desde la expedición de la Ley 100 de 1993 se encuentra en cabeza de las AFPS el deber de información. Sobre este tema citó la sentencia SL 12136 de 2014 y SL 19447 de 2017.

Adujo que, la Corte a partir del 2009 dispuso que el incumplimiento al deber de información no acarrea una nulidad sino la ineficacia del traslado; postura que ha sido reiterada en sentencias como la SL1452-2019, SL373-2021, entre otras. Asimismo, han surgido subreglas jurisprudenciales como la sentencia SL 1055 de 2022 que consagra que el deber de información, ***i)*** el cumplimiento del deber de información no se agota con la suscripción del formulario de afiliación, ***ii)*** la carga probatoria consiste en acreditar el deber de información se encuentra en cabeza de las AFPS, ***iii)*** no es necesario que la persona sea beneficiaria del régimen de transición, ***iv)*** no se requiere acreditar la configuración de un perjuicio, ***v)*** el hecho de que uno de los argumentos del afiliado consista en que obtendrá una mejor pensión en el RPM, no implica que no proceda la ineficacia por el incumplimiento del deber de información, ***vi)*** el incumplimiento del deber de información no se analiza desde el régimen de las nulidades, sino desde la ineficacia, y ***vii)*** incluso cuando exista traslado entre AFPS, ello no desdibuja el incumplimiento del deber de información. Aunado a que dicha sentencia es primordial porque no es posible aplicar la teoría de los actos de relacionamiento. Por lo anterior, para la fecha del traslado de la actora en el 2008, existía una disposición legal conforme a la cual, la AFP debía brindar la información legal necesaria para que existiera transparencia en su decisión, de acuerdo con las reglas de la Ley 100 de 1993.

Expuso que, para el momento del traslado la AFP no demostró que le haya brindado la información necesaria a la promotora de la litis para que tomará su decisión, solo le mencionó los rendimientos financieros, pero no quiere decir que se le haya otorgado una información suficiente. Sobre lo anterior trajo a colación la sentencia SL2177-2022, concluyendo que la AFP no cumplió con la carga probatoria contemplada en el artículo 167 del C.G.P, por tal razón, tiene vocación de prosperidad la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional a través de Porvenir S.A.

De otra parte, con respecto al estudio de las excepciones, sobre la prescripción explicó que por mandato constitucional el artículo 48 de la Constitución Política, indica que el derecho a la seguridad social es irrenunciable e imprescriptible, tal y como se establece en la sentencia SL1688-2019. Finalmente, fijó las costas a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES solicitó se revoque el ordinal quinto en lo referido a la condena en costas, toda vez que genera un detrimento patrimonial por decisiones en las que no tuvo injerencia alguna y es un tercero de buena fe.

PORVENIR S.A. manifestó que, para el momento en que se efectuó el traslado de régimen pensional, solo se exigía el formulario de vinculación, atendiendo así el Decreto 692 de 1993, por lo tanto, no es dable que se requiera presentar un documento diferente al ya mencionado, cumpliendo de esta manera con la carga de la prueba. Agregó, que la demandante se encontraba previamente afiliada al RAIS, recibiendo asesoría por parte de dos fondos privados, lo que conlleva a establecer que se le indicó acerca de las características, consecuencias, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales.

Señaló que, no es viable devolver a Colpensiones los gastos de administración y primas de seguro previsional, dado que el Decreto 3995 de 2008, establece que los únicos dineros que se deben trasladar son los aportes, rendimientos y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; aunado a que estos valores no pueden ser retornados porque no se encuentran en su poder y se usaron para adquirir una póliza de aseguramiento, además de ser susceptibles del fenómeno prescriptivo.

Respecto a la indexación, indicó que no se pueden desconocer los rendimientos causados, y al devolver las sumas de manera indexada se genera un doble pago a Colpensiones, además de un enriquecimiento sin causa.

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 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 los aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la señora **LUZ MARINA MEJÍA CARDONA** nació el 13 de octubre de 1967 (f° 6, archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); ***ii)*** que efectuó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones entre el 1° de marzo de 1991 y diciembre de 2008 (f° 40 a 44, archivo 01 ibid.); ***iii)*** que el 14 de agosto de 1995, la actora firmó formulario de traslado a la AFP Davivir hoy Protección SA (f° 34, archivo 17, ibid.); ***iv)*** que firmó formulario de traslado a la AFP Porvenir SA., el 11 de agosto de 1999 (f° 53, archivo 11, ibid.); ***v)*** que, según el reporte del SIAFF, retornó a Colpensiones el 15 de julio de 2003 (f° 38, archivo 11, ibid.)*;* **vi)** que regresó nuevamente a la AFP Porvenir SA, el 05 de noviembre de 2008, con vigencia, a partir del 1° de enero de 2009 (f° 76, archivo 01, y 54, archivo 11 ibid.); y ***vi)*** que el 13 de diciembre de 2021, elevó petición ante Porvenir S.A. y Colpensiones solicitando la nulidad del traslado y ambas entidades negaron la solicitud.

Previo a adentrarnos en el tema de la ineficacia, y acorde con estos supuestos fácticos, encuentra la Sala que con la vinculación que hizo el juzgado de la AFP Protección S.A., se logró establecer que la demandante, en el año 1995, realizó el primer traslado de régimen pensional; con todo, según la historia laboral de Colpensiones, continuó haciendo aportes allí, es decir, una clara situación de

multivinculación, prohibida en el art. 17 del Decreto 692 de 1994, dado el carácter excluyente de los dos regímenes pensionales, que impedía que la afiliada estuviera realizando cotizaciones a los dos.

En ese orden, como la acción no está dirigida a anular el traslado por cuenta de la multivinculación, sino por el incumplimiento del deber de información, no se abordará el primer tema, pero el hecho de que se hubiera descubierto que la actora estuvo afiliada a la AFP Protección en 1995, tiene incidencia en las consecuencias de la ineficacia, como se analizará en su momento.

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

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**14 de agosto de 1995**-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Protección SA, 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 **14 de agosto 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.

En efecto, Protección SA, no aportó un solo medio de convicción que demostrara que brindó la información necesaria a la afiliada, ahora demandante, previo a su traslado. De hecho, como se advirtió, no existió asesoría, y solo esa AFP pretendió acreditar el cumplimiento de dicha obligación únicamente con la suscripción del formulario de afiliación preimpreso, por parte de la demandante, y aunque no se requiere prueba solemne para demostrar la ejecución del deber de información, el medio debe ser útil para acreditarlo, pero ni siquiera existe referencia testimonial sobre la supuesta asesoría verbal, sobre todo con las características que se exigen, y no una simple mención de las bondades del régimen.

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

conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios.

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 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.

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 y Porvenir al señalar que 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 Protección no demostró siquiera que hubiese entregado información básica.

Frente al reparo formulado por Porvenir según el cual para la fecha en que la demandante llevó a cabo el traslado al RAIS no le era exigible a la AFPS suministrar la información con el detalle que se requiere, la 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*».

Y es que no puede perderse de vista que, el traslado de régimen reviste un aspecto fundamental y trascendental en la vida laboral de cualquier afiliado, por cuanto está de por medio el acceso a un derecho fundamental, con es el de la pensión de vejez, de tal suerte que lo mínimo que podría esperarse por parte de los fondos de pensiones, es que de esa importante decisión existan los registros documentales, fílmicos o de cualquier otra naturaleza probatoria que permitan corroborar que dio a conocer al futuro afiliado todos los pormenores, consecuencias e implicaciones que ese cambio de régimen significaba, así como las características de uno y otro régimen 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; en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó la juez de primer grado; sin embargo, la juzgadora solo se fijó en el traslado horizontal a Porvenir y dejó por fuera el de Protección.

Cabe aclarar que, por el hecho de que la demandante se hubiera trasladado de la AFP Protección a Porvenir, tal circunstancia no conduce a darle eficacia al traslado de régimen, bajo el supuesto que ello lleva a inferir que la persona conocía los verdaderos efectos que sobre su derecho pensional podía tener la decisión de trasladarse, como tampoco, que convalide el acto jurídico de traslado de régimen, pues como lo ha explicado la jurisprudencia laboral, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna 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 y realicen aportes voluntarios o sean asesorados nuevamente, conforme ha sido reiterado, entre otras, en sentencia SL3465-2022.

Entonces, como la declaratoria de ineficacia del traslado tiene como sustento el incumplimiento del deber de información en el traslado inicial, al estar afectado el acto jurídico primigenio, los negocios jurídicos que le siguen, adolecen de igual afectación, entre ellos, los traslados que se efectúen a los diversos fondos privados, pues el efecto de la declaratoria de ineficacia es volver al estado anterior, lo que implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el cambio de sistema pensional no hubiera existido jamás. Por esa razón, se modificará el ordinal primero de la sentencia de primero grado, en cuanto la declaratoria de ineficacia cobija el traslado llevado a cabo el 14 de agosto de1995 a la AFP Protección S.A., lo cual afecta los traslados posteriores realizado a la AFP Porvenir SA, el 11 de agosto de 1999 y 5 de noviembre de 2008.

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 cambió 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.

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; 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, 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 de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

Por lo tanto, se hace necesario adicionar y modificar el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar a las AFPs Protección y Porvenir SA a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquellas, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual.

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.

En consecuencia, se confirmará la decisión en este punto también.

COMUNICADO DE PRENSA SOBRE LA SENTENCIA SU-107 DE 2024

El pasado 9 de abril de 2024, la Corte Constitucional emitió un comunicado de prensa sobre la aludida sentencia que tiene como propósito modular el precedente de la Corte Suprema de Justicia en materia probatoria en procesos ordinarios donde se discute la ineficacia del traslado de afiliados entre los dos regímenes pensionales por

problemas de información ocurridos entre 1993 y 2009; no obstante, como a la fecha, la providencia en sí no ha sido publicitada y dada a conocer al público, la Sala considera que dicho comunicado no tiene fuerza vinculante, tal como la misma Corte Constitucional lo explicó en Auto 201 del 2013, así

> *7. Al respecto, esta Sala Especial recuerda que el alcance de los comunicados de prensa es meramente informativo, que no son sentencias y, en esa medida, al no responder a las características propias de las providencias judiciales, no se les confiere fuerza vinculante de ninguna índole. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que:*
>
> > *"el Reglamento Interno de la Corte Constitucional, en el literal c) de su artículo 9º, establece como función del Presidente de la Corporación la de "servir a la Corte de órgano de comunicación", de modo que "sólo él podrá informar oficialmente de los asuntos decididos en Sala Plena" y, precisamente, en ejercicio de esta función, el presidente expide y firma los comunicados de prensa, cuyo carácter es meramente informativo, según lo ha puesto de presente la Corporación al señalar que "son un medio expedito para dar a conocer a los ciudadanos las sentencias que profiere la Corte, pero no reemplazan la decisión misma".*
>
> *8. En esa medida, la Corte ha reconocido la posibilidad de que se presenten variaciones entre el comunicado de prensa y la sentencia "documentada y firmada". Así, atendiendo a las discrepancias que pueden surgir entre uno y otro, de una parte, y a la naturaleza y alcance que diferencian los comunicados de prensa de las providencias judiciales, de la otra, la Corte Constitucional sostuvo que no se le puede otorgar al comunicado "capacidad para afectar la providencia cuya adopción se limita a anunciar", pues "se le conferiría una fuerza vinculante que, fuera de no corresponderle, enervaría la sentencia misma y la vaciaría de su contenido y de su valor".*
>
> *9. Bajo el mismo argumento, esta Sala Especial considera que no se le debe otorgar al comunicado de prensa de una determinada sentencia la capacidad para afectar otra providencia que ya se adoptó y que está en firme (…).* (Subrayado fuera del texto original).

COSTAS

Finalmente, en lo que a la condena en costas refiere, no es viable su revocatoria como lo solicitó Colpensiones, puesto que a lo largo del proceso la entidad pública ha presentado oposición a las pretensiones de la demanda, incluso, desde el inicio solicitó que no se declarara el derecho en favor de la accionante, pues consideraba que el deber de información se cumplió, lo que al final, como se ha venido explicando en esta parte motiva, no fue acogido.

En ese orden, siendo las costas la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses, no se encuentra cómo pueda dejarse de aplicar la norma que lo regula, siendo que, contrario a lo afirmado por el ente ministerial, Colpensiones resultó vencida, porque

ella se opuso fervientemente a las súplicas acorde con sus propios intereses; recuérdese, que la condena en costas atiende un criterio netamente objetivo, en la medida que no se evalúa la conducta de las partes (temeridad o mala fe, ni siquiera si intervino en el acto de traslado en este específico caso), debiendo valorarse únicamente la configuración de cualquiera de las hipótesis previstas por el legislador en la norma transcrita, máxime que éstas son una simple consecuencia procesal del ejercicio de la acción o de la excepción, sin que pueda confundirse los criterios señalados en el numeral 4 del artículo 366 del CGP, que son únicamente para la graduación de las agencias en derecho dentro de los límites máximos y mínimos establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura, más no comportan pautas de exoneración de las costas procesales.

En este orden, al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es viable que Colpensiones asuma el pago de las costas procesales, por tanto, se mantendrá la condena de la primera instancia.

De igual forma, se impondrán en segunda, lo mismo que a la AFP Porvenir SA, 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 los ordinales primero y segundo de la sentencia emitida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, el 04 de septiembre de 2023, en el sentido de declarar la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, llevado a cabo el 14 de agosto de 1995 a la AFP Protección S.A., lo cual conduce a la ineficacia de los posteriores traslados realizados el 11 de agosto de 1999 y 05 de noviembre de 2008 a la AFP PORVENIR SA.; en consecuencia, se ordena a las **AFP PROTECCIÓN SA y PORVENIR SA** a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esas administradoras, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del

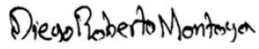
C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. En todo lo demás se **CONFIRMA** la decisión impugnada y consultada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

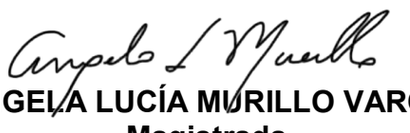
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones la suma de $1.300.000 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	11001310503420200035 5-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	DIANA CLAUDIA CARO BERNAL
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), 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 **DIANA CLAUDIA CARO BERNAL** se **declare** la ineficacia de la afiliación y traslado que se realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) por la falta del deber profesional que incurrió la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante Protección), al no haber brindado de manera clara, cierta, comprensible y oportuna las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional; que como consecuencia de lo anterior, se **ordene** el traslado y afiliación a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** (en adelante Colpensiones), es decir, retorno del RAIS al régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM); que se **ordene** al fondo privado en mención a pagar a la codemandada todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, así como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que

se hubieren causado, sin descontar gastos de administración o cualquier otro, debiendo asumir esto la AFP con su propio patrimonio.

Por otro lado, impetró que en el evento que se llegase a otorgar la pensión en el transcurso del proceso por parte de Protección, se **condene** a seguir pagándola hasta el momento que se dicte sentencia y cancelar los dineros a Colpensiones correspondientes, con el fin de que no se vulnere el derecho a la seguridad social en tema pensional; que se **condene** a las demandadas al pago de las costas, agencias en derecho y a lo que resulte probado ultra y extra petita.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 1 a 4 archivo 02, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que inició sus aportes a pensión cuando se afilió al RPM el 18 de octubre de 1985; que fue trasladada al RAIS por Protección el 19 de septiembre de 2002; que al momento del traslado no recibió información alguna por parte del fondo privado, por lo que extraña que no le hubieran indicado las ventajas, desventajas, diferencias y consecuencias que se generaban; que aquella omitió la entrega de información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio; que tampoco le entregó información de su portafolio como AFP administradora del RAIS, ni de los requisitos para acceder a la pensión en dicho régimen o bajo qué lineamientos se liquidaba.

Señaló que, la única información que recibió por parte de una asesora de la AFP fue a nivel grupal, donde les informaron que, por ser nuevos en sus trabajos, se les debía aplicar el RAIS que introdujo la Ley 100 de 1993, y que les daba la opción de retirar sus aportes si no deseaban pensionarse, razón por la que accedió a realizar el cambio. Resaltó, que desde la afiliación a Protección y hasta antes de cumplir 47 años de edad, no recibió por parte del organismo información alguna para tomar una decisión de permanecer o cambiar de régimen.

Dijo que, a través de un profesional realizó un estudio actuarial, el cual mostraba el monto de su pensión en el RAIS, que sería de $1.640.491; que de no haber realizado su traslado a aquella, en el RPM sería de $5.241.465; que con el comparativo anterior, se denotaba la diferencia de $3.600.975 que dejaría de percibir si continuaba en el RAIS; que del estudio actuarial aportado al proceso, se realizó una proyección de su situación pensional a la fecha del traslado, del cual indicó que arrojaba un resultado negativo.

Indicó que, el 14 de agosto del 2020, le solicitó a la AFP que le entregara *1)* historia laboral consolidada actualizada*, 2)* copia de su afiliación, *3)* copia de los documentos que acreditaban la información entregada por ellos y recibida por la accionante, para la toma de decisión del traslado al momento de la afiliación, *4)* copia de los soportes que acreditaban la información entregada por ellos y recibida por la demandante, antes de cumplir sus 47 años de edad, para tomar la decisión de permanecer o cambiar de régimen. De lo anterior, señaló que recibió respuesta el 31 de agosto de la misma anualidad y que de los puntos 3 y 4 indicaron que no contaban con dicha documentación; que solicitó a las demandadas la anulación de la afiliación, pero recibió respuesta negativa por ambas entidades.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, contestó (archivo 09 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha en que la demandante fue trasladada a esta entidad, la proyección pensional de la actora al momento del traslado, las solicitudes dirigidas a esta y sus respuestas negativas. Respecto de los demás hechos, indicó que no eran ciertos o que no le constaban.

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, 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.

COLPENSIONES contestó (archivo 10 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha en que la demandada inició sus aportes para el RPM, la fecha en que la actora fue trasladada al RAIS por la AFP Protección, la solicitud elevada a esta entidad y su respuesta negativa; frente a los demás, indicó que no le constaban, no eran ciertos o que no era un hecho, sino una apreciación subjetiva.

Propuso como excepciones de mérito, las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, 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 Cuarenta y Tres (43) Laboral del Circuito de Bogotá, por cuenta de las medidas de descongestión creadas en el Acuerdo N° CSJBTA23-015 del 22 de marzo de 2023, mediante sentencia del 09 de octubre de 2023 (archivo 17 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

> ***PRIMERO: DECLARAR*** *la ineficacia del traslado de la señora* ***DIANA CLAUDIA CARO BERNAL*** *del régimen de prima media con prestación definida administrado por ese entonces por el ISS, hoy* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES*** *al de ahorro individual con solidaridad administrado por la Administradora de Fondo de Pensiones en ese momento, SANTANDER, hoy* ***PROTECCIÓN S.A.,*** *por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a la* ***AFP PROTECCIÓN S.A****. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones -* ***COLPENSIONES*** *todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante* ***DIANA CLAUDIA CARO BERNAL****, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos, intereses, rendimientos. Asimismo, los gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, aporte al fondo de garantía mínima, debidamente indexados y que deberá asumir con cargo a sus propios recursos, conforme a lo expuesto en la parte motiva.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES*** *a tener como válidamente afiliada a la señora* ***DIANA CLAUDIA CARO BERNAL*** *al Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiese trasladado y recibir los dineros trasladados por la* ***AFP PORVENIR SA,*** *conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***CUARTO: DECLARAR NO PROBADOS*** *los supuestos de hecho que soportan las excepciones formuladas por* ***COLPENSIONES*** *y la* ***AFP PROTECCIÓN S.A****.*
>
> ***QUINTO: COSTAS*** *a cargo de la* ***AFP PROTECCIÓN S.A.*** *y en favor de la demandante, tásense las agencias en derecho en la suma de $1.160.000. No condenar en costas a* ***COLPENSIONES*** *toda vez que quien dio lugar al inicio de este proceso fue* ***PROTECCIÓN S.A****.*

Para fundamentar su decisión, sostuvo que, de la información de los medios de prueba, se evidenció que la señora Diana Claudia Caro Bernal se vinculó al RAIS administrado por ese entonces Santander, hoy Protección S.A., con solicitud radicada en el año 2002, como se encontraba en el formulario de afiliación.

Precisó que, le correspondía a la AFP allegar los medios de convicción que dieran cuenta de la información, pertinente, útil y necesaria entregada a la accionante a través del asesor que realizó la captación de tal afiliada; que en el plenario esta carga de la prueba fue incumplida en la medida que el fondo accionado no aportó medio de convicción que lograra acreditar el cumplimiento del deber de información, esto es, que en el acto de traslado le explicaron de forma detallada, clara y precisa las condiciones, características pensionales de cada régimen, las ventajas, desventajas y las consecuencias que le generaría su traslado al RAIS, para que conociera a ciencia cierta cuál le reportaba mayor beneficio, y con ello, poder tomar una decisión de forma consciente, libre y voluntaria de permanecer a uno u otro régimen pensional; resaltó que del formulario de afiliación allegado por ambas partes, no resultaba suficiente, en la medida que si bien contenía la manifestación de la voluntad de la demandante, lo cierto era que no se probó al interior del proceso cuál fue la información que se brindó, toda vez que el formulario no vino acompañado de ninguna prueba adicional de la presunta asesoría, más allá de la suscripción mecánica del mismo; que de lo manifestado por la demandante dentro del interrogatorio de parte, no se podía deducir confesión alguna, pues contra lo indicado por los apoderados judiciales de las entidades demandadas al momento de rendir sus alegaciones de dichas manifestaciones, no se pudo deducir que para ese momento del traslado que los asesores de Santander le hubiesen explicado o le dieron a conocer a la demandante el panorama completo del RPM y el RAIS, sus características, condiciones de pensiones entre uno u otro régimen; que la demandante indicó que dichos asesores le mencionaron lo referente a que obtendría una cuenta de ahorro individual, que de ésta generaría rendimientos y que de allí obtendría su pensión, además que podría retirar el dinero ahorrado en determinado momento, sin la explicación de las condiciones para poder realizar dicha acción.

Indicó que, para el momento en que la demandante efectuó el traslado, no tenía conocimiento cierto de las diferencias, requisitos, entre los regímenes pensionales, y por ello, no tenía un conocimiento informado para efectos de proceder a un traslado al punto que del dictamen pericial allegado se pudo evidenciar el valor de la posible mesada pensional en el RPM, que era mucho mayor a la que le podía otorgar o corresponder en el RAIS.

Advirtió que, en estos casos se aplicaba la carga de inversión de la prueba y, por tanto, si el cotizante o el aquí afiliado alegaba que no recibió la información debida cuando se afilió, esto era un supuesto negativo indefinido que le correspondía demostrar, no a la parte que lo invoca, sino a la parte contraria.

Mencionó entre otras, las sentencias SL1421-2019 y SL1688-2019 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que indicaron que en caso de que las administradoras incumplan con el deber de brindar información al momento de afiliación, lo procedente era declarar la ineficacia de la afiliación del integrado al RAIS y no la nulidad sustancial de la misma, por tanto, el afiliado no debía entrar a demostrar la existencia de vicios del consentimiento como error, fuerza o dolo, y que al abordarse desde la institución de la ineficacia, tal determinación implicaba privar de todo efecto práctico el traslado, bajo la ficción jurídica de que nunca se trasladó a dicho régimen, y que siempre estuvo afiliado al RPM. Explicó que la eficacia o no del traslado se verificaba al momento de cambiar de régimen pensional sin importar cualquier información o asesoría que se brinde con posterioridad.

En ese orden, señaló que lo que se construyó fue que la decisión de la aquí demandante no la tomó de manera informada, autónoma y consciente, debido a que no conocía las implicaciones que le generaba el traslado solicitado, o si dicho cambio le reportaba o no beneficios a sus intereses pensionales, información que debió suministrarse al momento de la gestión del traslado y al mutuo propio por Santander, hoy Protección S.A., y no con posterioridad a la afiliación y menos aún por solicitud de la entonces afiliada, toda vez que, la información técnica, clara, y precisa que se le exige a estas entidades, resultaba necesaria e indispensable para la toma de su decisión.

Hizo mención del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero Decreto Ley 663 de 1993 y el deber de información de las entidades vigiladas por la Superfinanciera en cuanto a la obligación de otorgar a los usuarios la información necesaria de las operaciones que realicen de suerte que les permita obtener elementos de juicio, claros y objetivos para escoger las mejores condiciones del mercado.

Dijo que, como lo tiene explicado la jurisprudencia laboral, la ineficacia del traslado al RAIS genera como consecuencia que el afiliado retorne al régimen anterior, para este caso que retorne al RPM, hoy administrado por Colpensiones, y que la AFP Protección S.A., quién es la actual administradora a la que está afiliada a la demandante, deba devolver al sistema todos los valores que recibió con motivo de la afiliación, como lo eran las cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, así como los gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, aporte el fondo de garantía mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, conforme las sentencias SL460 de 2019, SL2229 de

2022 y SL1496 de 2022. Resaltó que con la ineficacia del traslado y el retorno de la demandante al RPM no se estaba vulnerando el principio de sostenibilidad financiera, debido a que con los recursos que debe integrar el fondo privado aquí demandado, a Colpensiones, serían utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas propias de dicho régimen, lo cual descartaba que se generen erogaciones no previstas, como lo ha señalado entre otras la SL2877-2020, lo cual fue reiterado en la SL1496-2022.

Con respecto a la prescripción de los derechos y acciones establecidos en las leyes sociales, indicó que estos no se regulaban por las normas comunes o la del artículo 57 del Código Civil, toda vez que contaba con normas propias, y aquello se encontraba regulado en el artículo 151 del CPTSS, disposición la cual establece que las acciones que se deriven de las leyes sociales, prescriben en 3 años que se cuentan desde que la respectiva obligación fuera exigible, lo que en el presente asunto no ha ocurrido debido a que la determinación del régimen pensional, al cual pertenece la demandante, se rige como un presupuesto necesario para la conformación del derecho pensional, y por consiguiente, el mismo por encontrarse en construcción no es exigible y en esa medida la acción que le asiste a la afiliada de alegar la ineficacia del traslado del régimen de pensiones, no es prescriptible. Lo anterior en línea con las sentencias SL1688-2019 y SL1949-2022.

Finalmente, se refirió a la condena en costas y agencias en derecho a cargo de la demandada AFP Protección S.A. por ser la administradora a través de la cual se produjo el cambio de régimen, sin imponer costas a Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES presentó recurso de apelación, solicitando que se revoque la condena impuesta en su contra. Para tal efecto, argumentó que la demandante ejerció su derecho de traslado de régimen estipulado en el literal *e)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, y que, conforme a las disposiciones legales, aquella se encontraba imposibilitada para retornar al RPM.

Señaló que, no había duda del deseo de la trabajadora de permanecer en un régimen pensional determinado, y que conforme al artículo segundo de la ley 797 de 2003. se atentaba en contra de la sostenibilidad financiera y fiscal del sistema, en el entendido que el objetivo perseguido con el período de carencia de la norma consiste en evitar la descapitalización del fondo común, y que como ocurre en este caso, era

evidente que el regresó de la afiliada pone en riesgo la garantía irrenunciable del derecho a la pensión del resto de los cotizantes.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de está 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 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 el actor en el RAIS.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la señora DIANA CLAUDIA CARO BERNAL nació el 28 de abril de 1963 (fº 16, archivo 02 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); ***ii)*** que realizó cotizaciones para pensión al ISS hoy Colpensiones, entre el 18 de octubre de 1985 y el 31 de agosto de 2001 (fº 71 ibid.); y ***iii)*** que el 19 de septiembre de 2002 se trasladó al RAIS por intermedio de la AFP Santander, hoy Protección S.A. (f° 93 ibid.).

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.° 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 actor se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**19 de septiembre de 2002**-, 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 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 Protección suscrito el **19 de septiembre de 2002**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la actora, 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).

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, cualquier argumento que diga que que se les está imponiendo obligaciones que no estaban previstas en el ordenamiento jurídico al momento del traslado, no es acertado, 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, sin que se hubiera demostrado siquiera que el organismo privado hubiese entregado información básica.

Así mismo, tampoco se puede decir, que para la fecha en que la demandante llevó a cabo el traslado al RAIS no le era exigible a la AFPS suministrar la información con el detalle que se requiere, 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*».

Y es que no puede perderse de vista que, el traslado de régimen reviste un aspecto fundamental y trascendental en la vida laboral de cualquier afiliado, por cuanto está de por medio el acceso a un derecho fundamental, con es el de la pensión de vejez, de tal suerte que lo mínimo que podría esperarse por parte de los fondos de pensiones, es que de esa importante decisión existan los registros documentales, fílmicos o de cualquier otra naturaleza probatoria que permitan corroborar que dio a conocer al futuro afiliado todos los pormenores, consecuencias e implicaciones que

ese cambio de régimen significaba, así como las características de uno y otro régimen pensional.

De otro lado, del interrogatorio de parte rendido por la actora, advierte la Sala que de este no se desprende confesión alguna en los términos del artículo 191 del CGP, que permita acreditar que la AFP haya dado cumplimiento al deber de información y tampoco se avizoran las supuestas contradicciones que lleven a cuestionar la veracidad de su declaración, pues la demandante, si bien indicó que, por cuenta de una campaña masiva de los asesores de la entonces AFP Santander, autorizada por el área de talento humano de la empresa, le informaron sobre los rendimientos que se podían obtener al estar afiliada en el RAIS, y que podía pensionarse en cualquier momento, acompañados de publicidad, y por ello firmó el formulario de manera voluntaria, no implica entender que la pasiva hubiera suministrado una debida asesoría o que se hubiese enunciado las implicaciones del acto del traslado, en los términos antes explicados, pues el mero hecho de hacer una mención de las ventajas generales del régimen pensional no es lo que se exige para una verdadera información, sino las particularidades de cada afiliado, que debido a la edad, número de cotizaciones e incluso expectativas, estaba en la obligación el organismo de analizar la situación, y de ser el caso desaconsejar el traslado. En este sentido, se considera que no existen supuestas confesiones y contradicciones en la declaración de la actora.

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 cambió 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.

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; 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 él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019), de modo que el reparo que sobre el particular formuló la administradora pública no tiene vocación de prosperidad.

Cabe indicar que el alegato de entidad sobre el principio de sostenibilidad financiera del sistema, que tiene rango constitucional, se encuentra desarrollado en la prohibición contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, consiste en que nadie puede trasladarse de régimen si no ha permanecido en el anterior 5 años o si le faltan 10 años o menos para cumplir la edad de pensión, regla que además ha sido declarada exequible en los términos de la Sentencia C-1024 de 2004, por lo que, como se explicó en esa providencia, no es concebible que una persona se traslade del RAIS al RPM faltándole poco para cumplir la edad de pensión, porque ello desfinanciaría el sistema, en cuanto como se explicó allí, esas personas no contribuyeron al fondo común en la misma forma en que lo hicieron los demás y "*no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico";* no obstante, la falta de información en que incurrió la AFP que propició el traslado, y que permite regresar al RPM, se hace con todos los recursos contenidos en la cuenta individual que tenía la demandante en el RAIS, inclusive, como se dijo, con los rendimientos, gastos de administración y todo lo que apareja haber estado en ese último régimen, y si bien la entidad pública no ha podido tener en consideración el caso de la accionante en sus cálculos actuariales para los actuales y futuros pensionados, aquella no debe cargar con esa responsabilidad, pues el daño lo ocasionó la AFP, de ahí que el organismo esté habilitado para eventualmente demandar perjuicios.

Además, el derecho a la información oportuna, veraz y suficiente que debió entregársele al afiliado en el momento del traslado, no puede cercenarse por una política pública que no controló adecuadamente la actuación de las administradoras de pensiones privadas, que de manera indiscriminada se pusieron en la tarea de captar afiliados, y no asesorar adecuadamente, sin tener en cuenta la relevancia de las garantías en juego, por lo que, si Colpensiones encuentra ahora un desbalance o desequilibrio en sus finanzas, es un asunto estatal que debe remediar, pero sin que ello pueda cargársele al afiliado inerme, ante el desconocimiento de los entes administradores del sistema que no hicieron énfasis en los derechos que también les asistían a los trabajadores.

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.

En consecuencia, se confirmará la decisión en este punto también.

DEL COMUNICADO DE PRENSA DE LA SENTENCIA SU-107 DE 2024.

El pasado 9 de abril de 2024, la Corte Constitucional emitió un comunicado de prensa sobre la aludida sentencia que tiene como propósito modular el precedente de la Corte Suprema de Justicia en materia probatoria en procesos ordinarios donde se discute la ineficacia del traslado de afiliados entre los dos regímenes pensionales por problemas de información ocurridos entre 1993 y 2009; no obstante, como a la fecha, la providencia en sí no ha sido publicitada y dada a conocer al público, la Sala considera que dicho comunicado no tiene fuerza vinculante, tal como la misma Corte Constitucional lo explicó en Auto 201 del 2013, así:

> *7. Al respecto, esta Sala Especial recuerda que el alcance de los comunicados de prensa es meramente informativo, que no son sentencias y, en esa medida, al no responder a las características propias de las providencias judiciales, no se les confiere fuerza vinculante de ninguna índole. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que:*

> *"el Reglamento Interno de la Corte Constitucional, en el literal c) de su artículo 9º, establece como función del Presidente de la Corporación la de "servir a la Corte de órgano de comunicación", de modo que "sólo él podrá informar oficialmente de los asuntos decididos en Sala Plena" y, precisamente, en ejercicio de esta función, el presidente expide y firma los comunicados de prensa, cuyo carácter es meramente informativo, según lo ha puesto de presente la Corporación al señalar que "son un medio expedito para dar a conocer a los ciudadanos las sentencias que profiere la Corte, pero no reemplazan la decisión misma".*
>
> *8. En esa medida, la Corte ha reconocido la posibilidad de que se presenten variaciones entre el comunicado de prensa y la sentencia "documentada y firmada". Así, atendiendo a las discrepancias que pueden surgir entre uno y otro, de una parte, y a la naturaleza y alcance que diferencian los comunicados de prensa de las providencias judiciales, de la otra, la Corte Constitucional sostuvo que no se le puede otorgar al comunicado "capacidad para afectar la providencia cuya adopción se limita a anunciar", pues "se le conferiría una fuerza vinculante que, fuera de no corresponderle, enervaría la sentencia misma y la vaciaría de su contenido y de su valor".*
>
> *9. Bajo el mismo argumento, esta Sala Especial considera que no se le debe otorgar al comunicado de prensa de una determinada sentencia la capacidad para afectar otra providencia que ya se adoptó y que está en firme (…)* (Subrayado del texto original).

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: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Cuarenta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, el 9 de octubre de 2023, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
034 2020 00355 01

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones, la suma de $1.300.000.

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	11001310502120230012-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ADRIANA DE LA NIÑA MARÍA CALDERÓN OBREGÓN
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), 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 **ADRIANA DE LA NIÑA MARÍA CALDERÓN OBREGÓN** 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 Protección S.A., por la omisión del deber de brindar información suficiente, completa y clara; como consecuencia, se **declare** que el fondo demandado debe trasladar a Colpensiones los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con sus frutos e intereses, con los rendimientos causados hasta su entrega efectiva y se **condene** a dicha AFP a devolver a Colpensiones lo antes designado; que se **condene** a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 5 a 8 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló que, nació el 11 de enero de 1969; que inició su vida laboral en el mes de marzo de 1990; que para la fecha antes indicada estuvo afiliada al sistema pensional administrado por el Instituto de Seguros Sociales (en adelante ISS), hoy Colpensiones, hasta el mes de octubre de 1995; que se trasladó al RAIS con Protección S.A. desde noviembre de 1995.

Mencionó que, en octubre de 1995 Protección S.A., envió asesores comerciales a las instalaciones de la empresa donde trabajaba para ese momento, Yanbal Colombia S.A.S, y le ofrecieron el traslado al RAIS; que el fondo indicado no le explicó las incidencias o consecuencias positivas y negativas del cambio de régimen pensional, ni las condiciones para acceder a sus prestaciones económicas, específicamente a su pensión de vejez, ni acerca de los beneficios y desventajas de cada uno de los regímenes, de acuerdo con su perfil laboral y pensional.

Indicó que, antes de cumplir 47 años, Protección S.A. no hizo un estudio claro con los cálculos correspondientes sobre la conveniencia del traslado o la permanencia en el RAIS frente al RPM; que al momento de la afiliación no le hizo una proyección de la mesada pensional a la que la demandante accedería si se mantenía en el RAIS, comparado con el otro, que le permitiese evaluar las consecuencias de continuar o trasladarse, por ende, no tuvo una doble asesoría en los términos que exigía la ley.

Destacó que, la AFP no le proporcionó información clara, concreta y precisa con respecto a las consecuencias de carácter económico a las que estaba expuesta por mantenerse en el régimen pensional por ella administrado, específicamente, el cálculo del monto de mesadas pensionales mensuales que iba a percibir una vez cumpliese los requisitos de pensión, en el momento en que se trasladó de régimen, ni antes del periodo establecido por la ley para permitir el traslado, previo al cumplimiento de la edad de pensión; que nunca recibió información alguna por parte del fondo privado, sobre la posibilidad de trasladarse al último régimen mencionado, antes de que le faltaren 10 años para pensionarse.

Señaló que, en aplicación de las fórmulas para determinar la mesada pensional, evidenció que si permanecía en el RAIS, su mesada pensional sería de $1.160.000, en cambio, en el RPM con un total de 1400 semanas acumuladas, sería aproximadamente de $2.600.000, lo cual le permitiría mantener unos ingresos más cercanos a lo que recibía cuando era trabajadora dependiente; que el 8 de septiembre de 2022, presentó a Colpensiones reclamación administrativa, para que le permitiera

retornar a su régimen pensional, y que al día siguiente recibió respuesta de manera negativa.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 04, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la naturaleza jurídica de esta entidad y quien la representaba; que la demandante nació en Bogotá D.C el 11 de enero de 1969 y que en la actualidad tiene 54 años; que esta inició su vida laboral en el mes de marzo de 1990; que en la fecha anterior fue afiliada al sistema pensional administrado por el ISS; que la actora duró vinculada a Colpensiones hasta el mes de octubre de 1995 afilió y que el 8 de septiembre de 2022, solicitó el retorno al RPM a la última mencionada, el cual fue negado. Frente a los demás hechos, manifestó no contestarle.

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 **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** contestó (archivo 08, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la naturaleza jurídica de Colpensiones y de ella misma, al igual los sujetos que la representaban, el lugar, fecha de nacimiento y edad actual de la demandante, y sobre la afiliación de esta al fondo privado, el primero de enero del 2001, según formulario de afiliación anexado a la demanda, respecto de los demás hechos indicó que no le constaban o no eran 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 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 por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 12 de septiembre de 2023 (archivo 16 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

> ***PRIMERO: DECLARAR*** *la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora* ***ADRIANA DE LA NIÑA MARÍA CALDERÓN OBREGÓN*** *al régimen de ahorro individual el 22 de septiembre de 1995 con fecha de efectividad el 1° de octubre de la misma anualidad por intermedio de PROTECCIÓN S.A..; 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 PROTECCIÓN S.A****., a trasladar a* ***COLPENSIONES*** *la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación por traslado de régimen de la 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 la afiliación a ese fondo y hasta que se efectúe su pago, 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* ***ADRIANA DE LA NIÑA MARÍA CALDERÓN OBREGÓN****. Para ello se concede el término de un (1) mes siguiente a la ejecutoria de esta providencia.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR*** *a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES*** *a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.*
>
> ***CUARTO: DECLARAR*** *no probadas las excepciones propuestas por* ***PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES****, conforme a lo motivado.*
>
> ***QUINTO: CONDENAR*** *en* ***COSTAS DE ESTA INSTANCIA*** *a las demandadas y a favor de la demandante. Liquídense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de$1.000.000 a cargo de* ***PROTECCIÓN S.A****. y la suma de $200.000 a cargo de* ***COLPENSIONES.***

Para fundamentar su decisión, sostuvo que, en cuanto a la declaratoria de ineficacia, particularmente el alcance y el sentido del deber de información, de conformidad con lo dispuesto en los literales b y e del artículo 13 de la Ley 100/93, los afiliados del sistema general de pensiones pueden seleccionar y trasladarse de régimen una sola vez cada 5 años, siempre que no le falten 10 años o menos para cumplir la edad pensional, de manera que la afiliación será válida, si se atienen tales requisitos, efectuándose de manera libre y voluntaria.

Indicó que, la jurisprudencia ha considerado que tal expresión presupone conocimiento, lo cual es posible alcanzar cuando se conocen las consecuencias de una decisión de esta índole; que no puede alegarse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales y ni puede estimarse que está satisfecho dicho requisito con una simple expresión genérica, de allí que desde el inicio ha correspondido a las administradoras de fondo de pensiones, dar cuenta que

documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar la ineficacia.

Sostuvo que, de lo anterior se desprendía que la información brindada al momento del traslado es la que permite a través de elementos claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado, y si ello no es así, su omisión pone de entrada el riesgo el derecho pensional de quien se traslada de régimen sin conocerla. De ahí, según el juzgado, la importancia con la cual se exige que no puede darse con cualquier información con la que debe entregarse al afiliado al momento del traslado, por lo tanto, debe insistirse en que esa debe ser útil, no solo mencionándole que puede pensionarse anticipadamente, o brindando información de manera superflua, toda vez que llevaría a considerar que fue inexistente, en consecuencia, el acto jurídico, el cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al usuario que incluya como mínimo, informar sobre las características, condiciones de acceso, ventajas, desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias que genera el traslado, para lo cual citó varias sentencias de la Corte, entre ellas, SL373 de 2021 y SL1500 de 2022.

En cuanto a la obligación de brindar información para la época del traslado de la demandante, esto es, para el año 1995, explicó que, desde el comienzo mismo al funcionamiento del sistema general de pensiones, las administradoras han tenido el deber de informar y contrastar a los afiliados y a los que potencialmente puedan serlo, respecto de todos los aspectos técnicos inherentes a los regímenes pensionales existentes, como una expresión de responsabilidad de una entidad pensional que se ejecuten en el marco obligatorio del servicio público de seguridad social; continuó informando, que el núcleo del deber de información de la AFP se encuentra establecido desde la misma creación de estas entidades como lo ha dispuesto el decreto 663 del 93, el estatuto orgánico del sistema financiero cuando el numeral primero del artículo 97 prescribió la obligación de las mismas, de suministrar a los usuarios o a los potenciales, la información necesaria para lograr la mayor transparencia y las superaciones que realicen, a través de elementos del juicio claros y objetivos de escoger las mejores opciones del mercado; que la ley 797 de 2003, que ajustó algunas normas de este estatuto, en su artículo 21 recalcó dicho deber prexistente de la información a cargo de las AFP en el sentido de que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado, sino también la de poder tomar decisiones informadas.

Resaltó que, la Corte Suprema de Justicia también ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consolidado cada vez con un mayor nivel de exigencia y para tal efecto ha identificado 3 etapas que conforme a las normas que han regulado el tema, abarcan 3 periodos: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo desde 2009 hasta 2014 y el último de 2014 en adelante, lo cual empila que, conforme a la fecha en que la demandante migró al RAIS, esto es el 22 de septiembre de 1995, con fecha de efectividad del primero de octubre de esa anualidad, la obligación de Protección S.A., se enmarcaba en el primer periodo, durante el cual su deber consistía en brindarle a la afiliada información clara y transparente sobre los dos regímenes pensionales, mencionándole las condiciones, características y consecuencias de cada uno de estos, las cuales se encuentran previstas en la ley 100 de 1993.

En lo que tiene que ver con la carga de la prueba de estos asuntos, precisó que, la administradora de pensiones es a quien le incumbe, porque exigirle al afiliado una prueba de esta naturaleza, es un despropósito en la medida que la afirmación de no haber recibido información, corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones, mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación.

Destacó que, la documentación que soporta debe conservarse, ya que la AFP está obligada a probar ante las autoridades administrativas y judiciales, su cabal cumplimiento, siendo insuficiente la simple manifestación de que la información fue suministrada de manera verbal, por lo que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte desde la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, funcionalismo y experticia, tienen una clara preminencia frente al afiliado, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba de los consumidores financieros, tal como lo señalaba el artículo 12, literal b, de la ley 1328 de 2009.

Con respecto a la defensa de la AFP demandada sobre la firma del formulario como acreditación de dicha información, el juzgado la desechó, y para ello señaló que, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre impresos de los fondos de pensiones, tales como que la afiliación se hace libre y voluntaria, o se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones, u otro tipo de leyendas o aseveraciones similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, ya que, a lo sumo acreditan un consentimiento no informado bajo las exigencias previstas en la normatividad y jurisprudencia antes aludida.

Descendiendo al caso, indicó que no existía discusión alguna sobre el traslado de régimen de prima media con prestación definida al RAIS, a través de Protección S.A., el cual se verificó el 22 de septiembre de 1995, según daba cuenta la documental obrante en el expediente a folio 41 en el archivo 8, contentivo del historial de vinculaciones emitidos por los fondos, esto es el SIAFP, siendo evidente la orfandad probatoria desplegada por dicha AFP, tendiente a demostrar la información que le brindó a la actora al momento del referido traslado, esto es, que la asesoría que le proporcionó, hubiera sido clara completa y comprensible frente a las características, ventajas y desventajas entre uno y otro régimen.

Manifestó, que, si bien se allegaron al expediente diferentes comunicados de prensa que obraban del folio 94 al 96 del archivo 8, lo cierto era que son inoportunos ya que no suplen de modo alguno del deber de información que debió darse a la parte demandante para aquella fecha en que efectivamente se realizó el traslado, esto es para el año 95.

En ese sentido, el despacho de primer nivel declararó la ineficacia del traslado realizado por la señora Adriana de la Niña María Calderón Obregón, en cabeza de Protección S.A, el 22 de septiembre de 1995, con fecha efectiva del 1 de octubre de la misma anualidad, dado que el acto jurídico realizado no produjo efectos, habilitándose el regreso automático de la demandante al RPM administrado por Colpensiones; como consecuencia, impuso condena en los términos arriba referidos

Por último, se refirió sobre la supuesta descapitalización planteada por Colpensiones, para lo cual indicó, que la entidad no sufre ninguna mengua en sus recursos como quiera que se dispone el retorno de todos los recursos de la afiliación de la demandante como cotizaciones, sumas pensionales relacionadas con todos sus frutos e intereses como lo expone el artículo 1646 del Código Civil, así como los gastos de administración a cargo de los propios recursos de la AFP, sin que ello configure una transgresión al principio de sostenibilidad financiera.

En cuanto a la excepción de prescripción, dijo que no son aplicables al presente caso, los artículos 488 CST y 151 CPTSS, toda vez que las pretensiones de ineficacia sustentan un carácter declarativo y la relacionan con un derecho fundamental, irrenunciable e imprescriptible, no susceptibles de prescripción por el transcurso del tiempo.

Dado el resultado de la acción les impuso costas a las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones solicitó que se revoque la decisión, y para ello, indicó que el traslado que realizó la demandante se hizo de manera libre y voluntaria, sin presiones indebidas en cumplimiento de las solemnidades legales, por lo cual, produjo los efectos del traslado validos a dicho régimen; que respecto de la carga de la prueba y del deber de información, para la fecha del aludido traslado no se puede acudir a las reglas anunciadas por el fallador; dado que, para esa fecha no era obligatorio dejar un registro documental del mismo, por lo que no era viable acudir al Decreto 663 de 1993, ni mucho menos la Ley 748 del 2014, ni el Decreto 2071 del 2015, pues los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento del formulario de afiliación para tener el consentimiento libre y voluntario, sin presiones e informado, de acuerdo a las medidas que surgieron entre el año 1993 y 2014; que no se exigía algo diferente al documento de afiliación, donde constaba la plena decisión de pertenecer al RAIS, siendo aquí el caso de la señora demandante, la cual suscribió y realizó el respectivo traslado para el año 1995; que debe analizarse si en la presunta falta de información se produce un efecto adverso al ver el régimen de transición pensional o si bien se trata de una situación donde el afiliado una vez pueda trasladarse de régimen y luego por no estar de acuerdo con la mesada pensional, encuentra en esta clase de acciones la oportunidad ideal para obtener un beneficio indebido, pues existen límites para ello, al punto que el legislador previó el momento en que ello puede materializarse.

Por último, que en caso de que se mantenga la decisión, solicitó condicionar el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones, previo la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro de la demandante, como las cuotas destinadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, emisión de bonos pensionales, seguros previsionales y gastos de administración y los demás que haya lugar, debidamente indexados por el período en que permaneció afiliada la demandante al régimen de ahorro individual, toda vez que la entidad no podrá dar cumplimiento hasta tanto la AFP no reintegre los recursos; así mismo, que no se le imponga condena en costas, toda vez que no participó en el acto que se presume ineficaz, además, que es un tercero el que causó un daño justificado en un contrato entre dos partes ajenas al organismo.

CONSIDERACIONES

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

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la señora **ADRIANA DE LA NIÑA MARÍA CALDERÓN OBREGÓN** nació el 11 de enero de 1969 (fº 15 archivo 05 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); ***ii)*** que la accionante estuvo vinculada al ISS entre el 14 de marzo de 1990, y octubre de 1995, acumulando un total de 225 semanas (fº 08 archivo 05 y f° 20 archivo 01, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y ***iii)*** que aunque no se reporta formulario expreso de traslado de régimen, la pasiva aceptó que esa solicitud se dio el 22 de septiembre de 1995 y ello se confirma con el historial de vinculaciones (f° 41 archivo 08, 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 a las administradoras de pensiones 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.° 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 actora se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**22 de septiembre 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 demandada 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, como se advirtió en líneas del comienzo, dentro del tema de la carga de la prueba, la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del Fondo; y 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, por ende, se reprocha que no hubiera aportado el formulario inicial, dado que los que anexó se refieren a vinculaciones posteriores (f° 39 y 40, archivo 08 ibid.), que aun más demuestran la desinformación y desconocimiento del historial laboral de la trabajadora, exigiéndole la firma de nuevos formatos, siendo que, desde septiembre de 1995, se encontraba vinculada al RAIS por cuenta de ese organismo.

No sobra destacar, que ni siquiera un formulario de traslado con ciertas referencias implica entender que la AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. 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).

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 fondo 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 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 cambió 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 la juez de instancia, en la sentencia objeto de censura.

Dichos valores deben ser indexados, como quiera que, por el transcurso del tiempo, han sufrido perdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta perdida, 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.

También se añade, que dicha declaración 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 él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019), de modo que el reparo que sobre el particular formuló la administradora pública no tiene vocación de prosperidad.

Es más, el hecho de que, por la dinámica del RPM, la Nación tenga que intervenir y ser garante con ciertos recursos, los cuales pueden ir aumentando a medida que llegan nuevos traslados, no puede desconocer el derecho inexcusable que los afiliados tenían de recibir por parte de las AFP, la información suficiente, completa, clara, veraz, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el RPM al que se encontraban vinculados, por lo que, las falencias estructurales del sistema o cualquier otra contingencia propia de una política pública, no puede cargársele a los afiliados, a quienes, se repite, el deber de información siempre ha existido y se ha ido acrecentando con los años respecto al grado de intensidad y profundidad que deben cumplir las AFP, con miras a las escogencia adecuada del régimen pensional que más les convenga.

Como tampoco puede limitarse la orden de traslado y actualización de la historia laboral del afiliado, a la llegada total de los recursos o procesos internos entre administradoras, puesto que la declaración del derecho es inmediata y debe verse reflejada en los sistemas de información, para lo cual, además de las directrices dadas en la sentencia con la discriminación de los valores entregados, Colpensiones cuenta con los medios para exigir a la AFP todo el traslado de los dineros, y por cuenta del principio de buena fe en el cumplimiento de las decisiones judiciales, el Fondo, proceder a dicha devolución con todas las características que jurisprudencialmente se han dado sobre las consecuencias de la ineficacia del traslado.

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 recurrente, como quiera que su recurso de alzada no prosperó, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, y como a la entidad también le resultó desfavorable su oposición en primer grado, se recuerda el carácter objetivo de esta imposición, con lo cual, se mantendrá la condena 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:

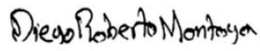
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, el 12 de septiembre de 2023, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

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

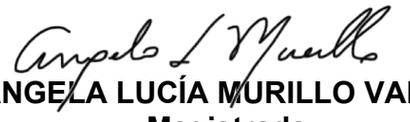
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



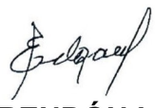
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
021 2023 00012 01

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	11001310501120210058401
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MERCEDES AROCA FAJARDO
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), 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

La señora **MERCEDES AROCA FAJARDO** pretende que se **declare** la ineficacia del traslado inicial 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.; que se **ordene** su activación al RPM en Colpensiones y al fondo privado que devuelva todos y cada uno de 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; que se **ordene** a Colpensiones tramitar dicho recaudo de los dineros que posea la codemandada, por todo concepto como afiliada al fondo de pensiones; que se **condene** a la entidad pública a reconocer y pagar la indexación de las mesadas causadas y no pagadas, con su valor actualizado desde la fecha que se causaron, hasta que se haga el pago efectivo, de conformidad con el artículo 141 de la ley 100 de 1993, y a lo que resulte probado ultra y extra petita.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f ° 4 a 6 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 26 de diciembre de 1962; que se afilió al ISS el 13 de noviembre de 1984; que durante su tiempo laborado cotizó en este último de acuerdo al extracto de historia laboral consolidada de Porvenir S.A., de fecha del 6 de noviembre de 2010, un total de 633 semanas; que de acuerdo a la certificación laboral de empleadores No. 0161 expedido por el Hospital Occidente de Kennedy Nivel III E.S.E, ingresó a laborar el 13 de noviembre de 1984 en aquella entidad, en el cargo de auxiliar de enfermería; que durante dicho tiempo fue afiliada a la Caja de Previsión Social del Distrito y, posteriormente, desde el 1 de diciembre de 1995, hasta el 28 de febrero de 1997, al Seguro Social; entre el 1 de marzo de 1997, y el 31 de marzo del 2000, en Colpatria, y del 1 de abril del 2000 a Porvenir S.A., aunque no transcurrieron los 3 años mínimos requeridos para el traslado del ISS a Colpatria.

Señaló que, la Ley 100 de 1993 empezó a regir a partir del 1° de abril de 1994, fecha en la cual se encontraba laborando como empleada del sector público y afiliada a la Caja de Previsión Social del Distrito; que a partir del 27 de octubre de 1995, ingresó al ISS hasta el 28 de febrero de 1997; que sin haber cumplido los tres años de afiliación en el último y a partir de la vigencia de la ley mencionada, fue trasladada a Colpatria, hoy Porvenir; que el ISS guardó silencio con relación al traslado.

Narró que, el 10 de noviembre de 2020, radicó solicitud de nulidad de lo acontecido a Porvenir S.A. quien contestó de manera negativa y que el 12 del mismo mes y año peticionó lo mismo ante Colpensiones, lo cual también fue negado.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 05, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la accionante nació el 26 de diciembre de 1962; que se afilió al ISS el 13 de noviembre de 1984; que la actora presentó solicitud de nulidad del traslado a esta entidad y que de ella dio respuesta negativa; que se agotó la vía gubernativa. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle o no ser ciertos. 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, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y la innominada o genérica.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contestó (archivo 09, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda; sobre los hechos, manifestó ser ciertos la fecha de nacimiento de la demandante y la solicitud de nulidad; Respecto de los demás, refirió que no eran ciertos o no le constaban. Formuló como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 02 de junio de 2023 (archivos 17 y 18 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

> ***PRIMERO: DECLARAR*** *que para la afiliación de la señora demandante* ***MERCEDES AROCA FAJARDO****, al régimen de ahorro individual acaecido en el año 1997, no se vulneró el término de permanencia mínima consagrada en el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.*
>
> ***SEGUNDO****: Como consecuencia de lo anterior, se* ***ABSUELVE*** *a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES*** *y a la* ***ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR*** *de todas las suplicas de la demanda impetradas en su contra por la demandante* ***MERCEDES AROCA FAJARDO.***
>
> ***TERCERO: CONDENAR*** *en* ***COSTAS*** *a la parte demandante, fijando como agencias en derecho en esta instancia la suma equivalente a ½ SMLMV; suma que se cancelará en partes iguales a cada una de las demandadas y que será incluida en su momento en la respectiva liquidación que se realice por la secretaría de este Despacho.*
>
> ***CUARTO:*** *En caso de no ser apelada la presente decisión por la parte demandante, se concederá el Grado Jurisdiccional de Consulta ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS, por ser la decisión totalmente adversa a los intereses de la demandante.*

Para **fundamentar su decisión** sostuvo que en el interrogatorio de parte rendido por la demandante, salió a relucir la teoría de la falsedad de la firma en el formulario de afiliación de Colpatria, toda vez que la actora manifestó que aquella no era la suya y que no lo denunció ni se acercó a Porvenir a manifestar algo al respecto; tampoco demandó o ha demandado judicialmente ese tema, por ello, a juicio de la actora nunca existió ni se afilió en el año 2000, a la AFP Porvenir; sin embargo, para el juzgador, esa situación no fue planteada en el escrito inicial.

Sostuvo, que quedó acreditado que la demandante se vinculó laboralmente con la E.S.E. Hospital de Kennedy, el 13 de noviembre de 1984; que fue afiliada en esa misma calenda a la Caja de Prevención Social del Distrito hasta el 30 de noviembre de 1995; que a partir del 1 de diciembre de 1995, fue afiliada por su empleador, al extinto ISS hasta el 28 de febrero de 1997, toda vez que se trasladó al RPM, conforme al certificado SIAPF aportado por Porvenir; que se trasladó a partir del 1° de marzo de 1997 al RAIS a través de la AFP Colpatria S.A.

Expuso, que el asunto a dilucidar se basaba en verificar, si para el año 1997 en que realizó el traslado a la AFP Colpatria, no había transcurrido el término de 3 años de permanencia mínima en el RPM que exigía para ese entonces el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, versión original. De lo anterior, explicó que todas las cajas de previsión social existentes antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, administraban el régimen pensional de reparto simple o más conocido como RPM, incluyendo el Instituto de Seguros Sociales, quien desde el año 1966, venía manejando también junto con las cajas de previsión a nivel nacional, el régimen de reparto simple o de prima media. Conforme lo anterior, indicó que no podía afirmarse como lo pretendía la demandante, que el RPM había nacido a la vida jurídica con la expedición de la citada Ley 100/93, toda vez que este venía siendo administrado tiempo atrás por diferentes cajas de previsión del orden nacional, departamental, intendencia, comisarial, municipal o del distrito especial de Bogotá, y también por el ISS, a partir del año 66.

Señaló que, la Caja de Previsión del Distrito de Bogotá, a la cual se encontraba afiliada la demandante, según documentación que obraba en el plenario y su propia confesión, fue desde el 13 de noviembre de 1984, y de la cual luego pasó al ISS el 1° de diciembre de 1995; que no podía afirmarse que no habían transcurrido los 3 años mínimos de permanencia en el RPM que se exigían, toda vez que la citada norma requería era una permanencia mínima de 3 años en el régimen y no en una entidad determinada que administre, como lo era en este caso el ISS.

En consecuencia, concluyó que para la fecha de su traslado al RAIS, si bien la demandante no llevaba 3 años afiliada al ISS, pues solo se había afiliado el 1° de diciembre de 1995, sí superaba ese número de años afiliada al RPM, concretamente, 11 años, 3 meses y 17 días. Por lo anterior, el despacho no encontró acreditados los supuestos fácticos que sirvieron de fundamento para la declaratoria de la nulidad o ineficacia por haberse violado la permanencia mínima en el régimen de prima media.

Aclaró que, la decisión tomada no hacía tránsito a cosa juzgada respecto al derecho que le podría corresponder a la demandante de solicitar por vía administrativa o judicial, la nulidad de su afiliación a Colpatria, por la falsedad en la firma que la actora señaló en su interrogatorio de parte. Agregó que, para el caso hipotético de pensionarse en el RAIS, donde actualmente se encuentra afiliada, tampoco hacía transito a cosa juzgada esa decisión, respecto al derecho a solicitar judicialmente la indemnización de perjuicios que pudieron haberse causado ante el incumplimiento de la información por parte de la AFP Colpatria, Porvenir u Horizonte.

Finalmente, las costas las fijó a cargo de la demandante por haber resultado totalmente adverso a sus intereses.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la **parte demandante** interpuso recurso de apelación a efectos de que se revoque la decisión. Para ello, arguyó que estaba de acuerdo con el *a quo* sobre el término de tres años mínimos que señalaba la ley para permanecer en el sistema; sin embargo, indicó que si una persona se encontraba cotizando en una entidad del Estado como empleado público, tenía un régimen especial y que este era totalmente diferente al RPM que manejaba el ISS, el cual fue creado por la Ley 90 de 1946, para la protección de los trabajadores del sector privado y no para los empleados del sector público.

Dijo que, cuando nació la Ley 100 de 1993, las personas se pasaban al régimen que escogiesen y, de acuerdo con ello, la actora escogió el ISS, y no permaneció los 3 años exigidos en ese momento por la ley, luego apareció una afiliación con Colpatria de la cual no tuvo conocimiento.

Arguyó que, sí era importante analizar el fraude o supuesta afiliación a dicho fondo que jamás consintió, por lo que si aquel es inexistente debe permanecer en Colpensiones.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la demandante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A 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 **1 de marzo de 1997**, a través de la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. es inválido o nulo, por no haber respetado el término mínimo de permanencia de la época, esto es, tres años y, si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a Colpensiones los todos los aportes realizados por la actora en el RAIS.

Para el efecto, la demandante no discutió los siguientes supuestos fácticos tenidos en cuenta por el juzgador de primera instancia: ***i)*** que la señora Mercedes Aroca nació el 26 de diciembre de 1962; ***ii)*** que prestó sus servicios a la ESE Hospital Occidente de Kennedy, siendo afiliada a la Caja de Previsión Social del Distrito a partir del 13 de noviembre de 1984; ***iii)*** que posteriormente se afilió el 1° de diciembre de 1995 al entonces ISS hoy Colpensiones; y ***iv)*** que la demandante suscribió un formulario de afiliación a la AFP Porvenir SA el 16 de marzo de 2000, con cotizaciones a ese fondo y con el cual a la fecha se ha mantenido afiliada.

NULIDAD DEL TRASLADO POR MULTIVINCULACIÓN

Para resolver el problema jurídico planteado, lo primero que debe destacar la Sala, tal como lo hizo el juzgador de primera instancia, es que el escrito promotor del juicio se sustenta en la aceptación del traslado del RPM administrado en su momento por el ISS hoy Colpensiones al RAIS administrado en su momento por la AFP Colpatria, luego Horizonte y hoy Porvenir S.A, realizado en marzo de 1997, tal como la activa lo señaló en los hechos 5° y 8° de su escrito inaugural; por ende, sorprende que al terminar la fase probatoria y cuando absolvió el interrogatorio de parte que solicitaron las demandadas y que el *a quo* accedió en su momento, haya desconocido ese supuesto, al haber indicado que le sorprendía por completo ese traslado en tal época, y por lo tanto, si existía algún formulario, desconocía su firma, al insistir que ella jamás consintió en trasladarse a ese fondo, que el único que reconocía como verdadero traslado fue el que realizó en el año 2000 ante la AFP Porvenir S.A.

En efecto, como la base de la acción fue el traslado que la propia demandante explicó en su demanda, llevado a cabo en marzo de 1997 ante la AFP Colpatria, es claro que el extremo pasivo ejerció su derecho de defensa y contradicción con respecto a ese supuesto, por tal motivo, el que la actora hubiera planteado o desconocido posteriormente esa situación, la ubica en un hecho novedoso que la contraparte no tuvo la oportunidad de debatir ni de solicitar pruebas frente a este; además, ante ese supuesto, cambiaba totalmente el panorama de la discusión, porque ya se no se trata

de establecer, si cuando se cambió a dicho fondo cumplía con el término mínimo de permanencia exigido por la ley, sino que en realidad, jamás hubo ese traslado por falta de consentimiento expreso de la afiliada y supuesta manipulación de su firma.

En ese orden, el juzgador no podía, como equivocadamente lo solicitó el apoderado de la actora, cambiar la discusión so pretexto de aplicar las facultades extra y ultra petita, porque tal asunto quedó por fuera de la fijación del litigio, y no hubo oportunidad de debatirse y, en cualquier caso, no basta con la simple mención de desconocimiento, ni siquiera cuando se trata de cuestionar el signo o símbolo que aparece en un documento como lo es la firma (máxime que en el expediente no existe como tal el aludido formulario de traslado sino la información del SIAF (f° 157, archivo 09, ibid.) junto con la certificación del empleador sobre los aportes realizados a ese fondo (f° 62, archivo 01, ibid.) y lo que aceptó Porvenir SA, al contestar la demanda (f° 1 y 2, archivo 09, ibid.)), porque en cualquiera de los dos eventos, desconocimiento o tacha de falsedad, acorde con lo previsto en los artículos 269 y siguientes del CGP, aplicable por remisión del artículo 145 del CGP, a efectos de convencer al juez que se sustituyó la voluntad del afiliado en esa manifestación, se requiere de un debate probatorio con el propósito de establecer la autenticidad de la pieza cuestionada, y eso nunca se dio en la primera instancia, porque el juez jamás lo permitió, y la parte actora asintió en finalizar la cuestión probatoria; por lo tanto, no puede pretender que a último momento y sin surtirse la discusión que ello requiere, se concluya que el traslado a la AFP Colpatria en 1997, en ningún tiempo existió, por falta de consentimiento expreso, porque eso no se acreditó.

Ahora bien, en cuanto al aspecto de fondo, esto es, si debe declararse inválido el traslado llevado a cabo en su momento a la AFP Colpatria, por no haberse cumplido el término mínimo de permanencia en el RPM, conviene recordar que, como la Ley 100 de 1993, al consagrar dos regímenes de pensiones excluyentes, previó la posibilidad de que los afiliados pudieran escoger entre u y otro, por lo que, al elegir uno de ellos, podían trasladarse al otro si se cumplían determinados presupuestos legales. En efecto, desde la adopción de la Ley 100 de 1993, el traslado entre el RPM y el RAIS ha sido una facultad de los ciudadanos, pero sometida a algunas reglas específicas; es así como el literal e) del artículo 13 de la referida normativa, en su versión original, indicó que los afiliados tenían la opción de escoger el régimen de su preferencia, pero se impuso un límite al señalar: *«[…] una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, en la forma que señale el gobierno nacional».*

Dicha norma se reglamentó por medio del Decreto 692 de 1994, que en su artículo 11, previó: *«la selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado».*

Posteriormente, la Ley 797 de 2003, en su artículo 2, modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, y allí estableció: *«los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez».*

Dicha norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, luego de encontrar que con ella se protegía la sostenibilidad financiera del sistema, pues para la alta Corporación:

> *[…] el objetivo consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes. No sobra mencionar en este punto, que el sustento actuarial es el que permite asumir los riesgos que se encuentran involucrados con el sistema y que, en ese orden de ideas, su falta de ajuste con la realidad económica del país, simplemente podría llegar a poner en riesgo la garantía del derecho pensional para los actuales y futuros pensionados.*
>
> *Así las cosas, el período* […] *de permanencia obligatoria, permite, en general, una menor tasa de cotización o restringe la urgencia de su incremento, al compensar esta necesidad por el mayor tiempo que la persona permanecerá afiliado a un régimen, sin generar los desgastes administrativos derivados de un traslado frecuente y garantizando una mayor utilidad financiera de las inversiones, puesto que éstas pueden realizarse a un largo plazo y, por ello, hacer presumir una creciente rentabilidad del portafolio conformado por la mutualidad del fondo común que financia las pensiones en el régimen de prima media con prestación definida.*
>
> *Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional […].* (Subrayado fuera del texto original).
>
> .

Cabe indicar, que la Ley 100 de 1993, no creó como tal el RPM, pues este ya existía con la administración que hacían antes las Cajas de Previsión Social y el mismo ISS con sus reglamentos, sistema que se basa en los aportes de los afiliados y los empleadores, los cuales constituyen un fondo común de naturaleza pública y el monto de la pensión es preestablecido, así como la edad de jubilación y las semanas mínimas de cotización o en su defecto con el tiempo de servicios; por ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia lo suelen llamar el modelo clásico que ya existía en el ordenamiento jurídico, y que el nuevo sistema simplemente lo puso a competir con uno con unas características propias y como tal excluyentes, tal y como se dijo en líneas anteriores.

Así, por ejemplo, la Corte Constitucional, en la sentencia C-674 de 2001, al pronunciarse sobre la exequibilidad del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, que imponía una limitación para los trabajadores que querían trasladarse al RAIS, refirió:

> *Antes de la Ley 100 de 1993 sólo existía el régimen de prima media, a veces conocido también como de reparto simple. Por esa razón, y además porque la Ley 100 de 1993 modificó los requisitos para acceder a la pensión en ese régimen de prima media, el Legislador consideró conveniente establecer unas normas de transición. Estas disposiciones debían no sólo permitir que el nuevo régimen de ahorro individual entrara a funcionar sin traumatismos sino que además, en el régimen de prima medida, debían proteger las expectativas de aquellas personas que ya habían cotizado durante un cierto período de tiempo, mientras estuvieron en vigor las reglas anteriores, más favorables al trabajador. Así, explícitamente el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 prevé que quienes al momento de entrar en vigencia la ley tuvieran 35 o más años de edad, si eran mujeres, o 40 o más años de edad, si eran hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, podrían acogerse a las normas más favorables del régimen anterior, en relación con la edad para acceder a la pensión, su monto, y el número requerido de semanas cotizadas.*

Esas características del RPM o reparto simple, fueron clarificadas por la alta Corporación del trabajo, al referirse al aludido artículo 61 de la Ley 100 de 1993, y cómo incidían en el traslado al RAIS para ciertas personas, destacando precisamente, que el RPM existía antes de la citada Ley 100, como se explicó por parte de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia en la sentencia CSJ SL4698-2020, en la que se sostuvo:

> ***Es de recordar que antes de la Ley 100 de 1993 solo existía el régimen de prima media**, y fue a partir de su entrada en vigencia que se modificaron las condiciones para adquirir las prestaciones de vejez, invalidez y muerte, razón por la que el legislador consideró conveniente establecer algunas disposiciones de transición con el fin de permitir que el nuevo régimen pensional de ahorro individual con solidaridad entrara a funcionar sin traumatismos y, además, se salvaguardaran las expectativas legítimas de aquellas personas que habían cotizado durante un cierto período, mientras estuvieron en vigor las reglas anteriores y estaban cerca de pensionarse.*

Por esta razón, el artículo 36 ibidem previó que quienes al momento de entrar en vigencia esa ley tuvieran 35 o 40 años de edad, si eran mujeres u hombres, respectivamente, o 15 o más años de servicios cotizados, podrían acogerse a las normas más favorables del régimen anterior, en relación con la edad para acceder a la pensión, su monto y el número requerido de semanas cotizadas.

De igual modo, la nueva ley de seguridad social también dispuso que, en ejercicio de la selección de régimen pensional, los afiliados obligatorios y voluntarios podían escoger libremente entre el régimen solidario de prima media con prestación definida o el de ahorro individual con solidaridad, sin olvidar que, aunque coexisten, son excluyentes entre sí conforme lo determinan los artículos 12 y 16 de dicha normativa.

Así, con el fin de garantizar el traslado entre regímenes, el legislador consagró en los artículos 113 y siguientes de la Ley 100 de 1993 la figura del bono pensional, de suerte que si una persona desea trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al sistema de ahorro individual con solidaridad, tiene derecho al correspondiente bono pensional, que es un instrumento a través del cual se concretan los aportes causados y sus rendimientos, y que es válido transferir si se cumplen para ello los diferentes requisitos que cada una de las regulaciones establece.

Bajo ese contexto, y como tal situación podía causar efectos traumáticos al sistema, en especial, para las entidades que tenían a su cargo esas pensiones de reparto como el ISS, en la medida que tenían que pagar inmediatamente los bonos pensionales a los nuevos fondos privados que tendrían a su cargo el manejo del régimen de ahorro individual, la Ley 100 de 1993 estableció en el literal b) del artículo 61, un régimen de transición específico para las personas que estaban próximas a jubilarse en el régimen anterior y quisieran trasladarse al de ahorro individual bajo el cumplimiento de un tiempo de cotización extraordinario.

En efecto, el origen y las razones de la creación de dicha exclusión van desde la consideración de un elemento disuasivo de protección a personas que por su edad podían estar ad portas de una pensión y, por esto, no les convenía trasladarse al naciente régimen de capitalización, hasta un elemento más objetivo tendiente a proteger la estabilidad financiera del sistema y las reservas del régimen de reparto, pues el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad implicaba la emisión de un bono pensional cuyo pago, casi inmediato, conducía a un solo desembolso del capital que representaba; es decir, que por razones fiscales o de equilibrio del sistema resultaba más conveniente que ese pago se difiriera en el tiempo -fundamentalmente cuando el emisor del bono es La Nación-, como ocurría de no darse el traslado.

Tal consecuencia, se traduce en la circunstancia de que en el régimen de prima media las mesadas de los pensionados son cubiertas periódicamente, mientras que el reconocimiento del bono pensional implica el traslado del total del capital acumulado en un solo pago, por lo cual, fue razonable que la ley previera mecanismos de transición para evitar desequilibrios en el sistema.

De hecho, los traslados que se dieron bajo esas circunstancias, usualmente, correspondían a personas que consideraban –con razón- más benéfica la devolución de saldos (con el bono pensional incluido) que la indemnización sustitutiva ofrecida en el régimen de reparto, pues mientras la primera implica la devolución de la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, la segunda se liquida bajo una fórmula que conduce a un monto cuantitativamente inferior. En todo caso, dichas personas podían acceder al nuevo régimen si cotizaban efectivamente por lo menos el equivalente a 500 semanas. (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

Es más, aquí no se presenta un conflicto de multiafiliación o multivinculación, tal como lo tiene explicado la jurisprudencia laboral, en lo cual acertó el juzgador de primer grado, porque al tenor de lo previsto en los artículos 11 y 15 del Decreto 692 de 1994, la actora no se encontraba limitada por la regla de los tres años prevista por el

legislador, precisamente, porque su afiliación al RPM venía desde antes y no con la vinculación al ISS en 1995, como equivocadamente lo aseguró la actora. En efecto, en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL2259-2022, clarificó ese aspecto, al sostener:

> *Así las cosas, lo primero que debe acotar la Sala en relación con el tema propuesto es que no estamos frente a una situación de multiafiliación, figura desarrollada a partir del artículo 17 del Decreto 692 de 1994, a cuyo tenor:*
>
> > ***Artículo 17. Múltiples vinculaciones.*** *Está prohibida la múltiple vinculación. El afiliado sólo podrá trasladarse en los términos de que trata el artículo anterior, sin embargo, cuando el afiliado cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales. Las demás vinculaciones no son válidas y se procederá a transferir a la administradora cuya afiliación es válida, la totalidad de saldos, en la forma y plazos previstos por la Superintendencia Bancaria.*
>
> *De la lectura de la norma transcrita se colige que tal situación se presenta cuando un afiliado se traslada entre regímenes pensionales (del RPMPD al RAIS o viceversa), por fuera del término otorgado por la ley para tales efectos; trayendo como consecuencia que deba tomarse como válida, únicamente, la última afiliación que se hizo, respetando, eso sí, los plazos concedidos para ello, como lo asentara esta Sala de la Corte, entre muchas otras, en sentencia CSJ SL4777-2019, en la que recordó:*
>
> *Sobre el tema propuesto en el único cargo, desde tiempo atrás esta Sala ha sostenido que el efecto de la afiliación múltiple al sistema pensional, de conformidad con lo establecido en el art. 17 del D. 692/94, es la validez de la última efectuada en los términos legales, de manera tal que una vez definido este aspecto, lo que procede es la transferencia de los saldos a la administradora de pensiones cuya afiliación resulte válida, por cuanto a ésta corresponde asumir el reconocimiento y pago de las prestaciones de invalidez, vejez y muerte.*
>
> *Ahora bien, conviene precisar que los artículos 11 y 15 del Decreto 692 de 1994, previeron dos escenarios posibles: (i) para los afiliados que estuvieran vinculados al ISS al 31 de marzo de 1994, quienes podían continuar automáticamente suscritos a dicha entidad y cambiarse en cualquier tiempo; y (ii) para las personas que hubieran efectuado su selección inicial después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, quienes solo podían trasladarse luego de transcurridos 3 años de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la mencionada normativa, término modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual se amplió a 5 años.* (Subrayado fuera del texto original).
>
> *De otro lado, cabe destacar que la Superintendencia Financiera a través de la Circular Externa 058 de 1998 impartió una serie de instrucciones tendientes a solucionar los problemas suscitados con ocasión de las múltiples vinculaciones de algunos trabajadores ante las distintas entidades administradoras del Sistema General de Pensiones, en los siguientes términos:*
>
> > *6. MÚLTIPLE VINCULACIÓN.*
> >
> > *Con fundamento en la facultad establecida en el artículo 17 del Decreto 692 de 1994, esta Superintendencia se permite señalar las siguientes reglas a efectos de que las entidades administradoras de pensiones solucionen los conflictos de múltiple vinculación de sus afiliados.*
> >
> > *Teniendo en cuenta que el artículo 11 del citado decreto establece una previsión especial para los trabajadores que estuvieran vinculados al Instituto de Seguros Sociales al 31 de marzo de 1994, en primer término se hará claridad sobre tal concepto.*

Para tal efecto, debe acudirse a la legislación existente con anterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, esto es, el Decreto 3063 de 1989, aprobatorio del Acuerdo 044 del mismo año, mediante el cual se adoptó el Reglamento General de Registro, Inscripción, Afiliación y Adscripción a los Seguros Sociales Obligatorios.

Del análisis de las causales de desafiliación contenidas en el artículo 39 del citado Acuerdo, puede afirmarse, contrario sensu, que se encontraban vinculados al Instituto aquellos trabajadores respecto de los cuales no se hubiera presentado el aviso de retiro por parte de la empresa o cuya novedad de retiro no se hubiera reportado en la respectiva autoliquidación. Para el caso de los trabajadores independientes, de la misma norma puede colegirse que eran vinculados aquellos que no hubieran presentado mora en el pago de los aportes patrono - laborales hasta por un mes y los trabajadores del servicio doméstico que cotizaran con un salario no inferior a la mitad de un salario mínimo legal, que no hubieran presentado mora de hasta tres (3) meses en el pago de los aportes patrono - laborales.

En este orden de ideas, debe entenderse que los trabajadores vinculados al Instituto de Seguros Sociales al 31 de marzo de 1994, eran aquellos que a esa fecha no se encontraban en ninguna de las causales de desafiliación automática previstas en el artículo 39 del Acuerdo 044 de 1989 y, por tal razón, son los destinatarios de los efectos jurídicos establecidos en el inciso final del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, es decir, podían continuar en dicho Instituto sin necesidad de diligenciar ningún formulario o comunicación para hacer constar su vinculación, posibilidad igualmente predicable de los servidores públicos que se encontraban afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no fuera ordenada su liquidación. En consecuencia, dichos trabajadores pueden ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera del texto original).

De otra parte, también es necesario recordar que a partir del 1o. de abril de 1994 la afiliación al Sistema General de Pensiones es permanente y no se pierde ni siquiera en los eventos en que se presente mora en el pago de las cotizaciones, tal como lo dispone el artículo 13 del Decreto 692 de 1994. Al respecto, es oportuno precisar que para efectos de lo dispuesto en este numeral cuando se haga referencia al término "afiliación" se entenderá la realizada al Sistema General de Pensiones, en tanto que el término "vinculación" se reserva para la que se efectúa ante una determinada entidad administradora.

Para efecto de determinar la entidad ante la cual se encuentra vinculado un trabajador, también debe aplicarse la previsión contenida en el artículo 5o. del Decreto 228 de 1995, norma cuyo tenor literal es el siguiente: "El reporte de novedades al Instituto de Seguros Sociales, cualquiera que sea su modalidad, en ningún caso constituye, respecto del trabajador, la afiliación al Régimen de Prima Media administrado por el Instituto de Seguros Sociales, específicamente en lo que se refiere al artículo 11 del Decreto 692 de 1994."

Finalmente, de conformidad con lo establecido en el Decreto 692 de 1994, se entiende confirmada la vinculación cuando la solicitud presentada no reúna los requisitos mínimos establecidos en el artículo 11 del citado decreto, siempre y cuando, dentro del mes siguiente a la presentación de ésta, la entidad administradora seleccionada no hubiere comunicado tal circunstancia al solicitante y al respectivo empleador.

Precisado lo anterior, sobre la problemática planteada resulta suficiente traer a colación lo asentado por esta Corporación en sentencia CSJ SL del 4 de jul. 2012, Radicación No. 46106, reiterada en la SL8215-2016, en los siguientes términos:

1.- La múltiple afiliación se presenta cuando no puede ser válida la última si no se realiza dentro de los términos previstos en la ley. El artículo 17 del Decreto

692 de 1994 al prohibir la múltiple vinculación, señaló que el afiliado sólo podrá trasladarse de régimen o de administradora de pensiones, cuando dicho cambio se lleve a cabo en los plazos que para tal efecto se tienen fijados, resultando válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales; las demás no serán válidas ni legítimas, debiéndose proceder a transferir la totalidad de los saldos a la administradora cuya afiliación resulte válida.

2.- Para el traslado de régimen, que es el punto que interesa al recurso extraordinario, una vez efectuada la selección inicial, los afiliados al sistema general de pensiones sólo podrán trasladarse de régimen transcurridos tres (3) años conforme a lo estipulado en el artículo 15 del Decreto 692 de 1994. Con la entrada en vigencia del artículo 2° de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, ese término se amplió a cinco (5) años.

3.- Como bien lo determinó el Tribunal, los traslados de régimen de la demandante se cumplieron dentro de los términos previstos en la ley, pues la permanencia en cada régimen superó con creces los años exigidos en los anteriores preceptos legales.

De ahí que, en este asunto, no se presenta una situación de múltiple vinculación, pues las diferentes vinculaciones y/o cotizaciones no se hicieron de manera simultánea en los dos regímenes pensionales, generando confusión acerca de cuál es la administradora que debe responder por la prestación de vejez, sino que en distintas épocas la actora estuvo afiliada al de prima media con prestación definida y al sistema de ahorro individual, respetando los términos de permanencia mínima. Tampoco se presenta simultaneidad en la fecha de vinculación a los regímenes; y por lo mismo, no podía realizarse un acuerdo entre las administradoras para definir un conflicto originado en una multiafiliación que realmente no existió.

En ese orden de ideas, se repite, no pudo existir una multivinculación para el momento en que la actora se trasladó del RPM (administrado por el extinto ISS), al RAIS (administrado por Colpatria), **en marzo 1997**, si se tiene en cuenta que aquella estaba afiliada al aludido régimen de reparto simple desde 1982, en cabeza de la Caja de Previsión Social del Distrito, y cuando decidió vincularse al ISS en 1995, inclusive haciendo aportes, estaba confirmando su estadía en dicho régimen, por lo que estaba legitimada para cambiarse al RAIS en cualquier tiempo, tal y como sucedió, y como a esa conclusión llegó el *a quo,* se confirmará su decisión.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora, dado que el 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:

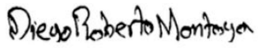
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 2 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá.

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

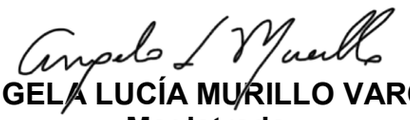
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho la suma de $500.000 en cabeza de la parte actora.



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	11001310501020200021 6-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ARCENIO RINCÓN GONZÁLEZ
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá D. C. a los Treinta (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), 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, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **ARCENIO RINCÓN GONZÁLEZ** se **declare** la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad que realizó a COLFONDOS S.A.; que se ordene el traslado de la totalidad de los aportes de Colfondos a Colpensiones; que se efectúe la afiliación a Colpensiones; que se ordene a Colpensiones el reconocimiento de la pensión de vejez, junto con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100/93,se indexen los valores reconocidos; que se ordene el pago de 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 21 de mayo de 1962; que efectuó cotizaciones al ISS desde el 13 de mayo de 1994; que realizó aportes de Colfondos desde *«abril de 1994»* (sic); que los asesores de Colpensiones al momento de la afiliación y desafiliación y de Colfondos no cumplieron con el deber de información, asesoría y buen consejo; que no efectuaron la probabilidad de pensionarse en cada

régimen; que no realizaron la proyección del valor de la indemnización, devolución de saldos, frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente; que no realizaron proyección del monto de la pensión en cada régimen.

Sostuvo que, el 18 de marzo de 2020, solicitó a Colfondos y a Colpensiones la revocatoria directa – nulidad del traslado, la devolución de los aportes a Colfondos; que igualmente reclamó el reconocimiento de la pensión de vejez a Colpensiones.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 18 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor y la afiliación del actor a esa entidad; frente a los demás, indicó que no eran ciertos o no le constaban. Propuso como excepciones de mérito, las de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer los derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe y la de imposibilidad de condena en costas.

COLFONDOS S.A. contestó (archivo 23 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor y la solicitud de revocatoria directa de la afiliación; frente a los demás, indicó que no eran ciertos o no le constaban. Propuso como excepciones de mérito, 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 de la actora a Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar nulidad del traslado, compensación, pago y la innominada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 11 de octubre de 2023 (archivo 48 carpeta 1ª inst, exp. Digital), resolvió:

> *PRIMERO: Declarar la ineficacia de la vinculación del demandante señor ARCENIO RINCÓN GONZÁLEZ a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, mediante la suscripción de afiliación realizada el 18/04/1994, en consecuencia, se declara ineficaz el traslado del RPM al RAIS, se ordena el regreso automático sin solución de continuidad al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES conforme a lo expuesto en la parte motiva.*

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES recibir y restablecer afiliación del demandante señor ARCENIO RINCÓN GONZÁLEZ al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS hacer la devolución al régimen de prima media administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de todos las sumas y valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor ARCENIO RINCÓN GONZÁLEZ, como cotizaciones, frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., así mismo a realizar la devolución los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, con cargo a sus propias utilidades, y debidamente indexados que le hubiere descontado al demandante durante su vinculación, y deberá entregar a Colpensiones los documentos correspondientes que den cuenta del pago de las sumas ordenadas a Colpensiones por la demandante, acompañado de la documental que de constancia de lo recibido por la AFP COLFONDOS S.A. por cotizaciones, rendimientos interese, bonos, informando periodos o ciclos cotizados, IBC, valor de la cotización, de los rendimientos causados y bonos pensionales si los hubiere y de igual manera la información de las sumas descontadas por gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentajes para garantía de pensión mínima, para que se pueda establecer por esta entidad que la devolución se hace en los términos ordenados en esta sentencia y deberá realizarse la devolución a Colpensiones en el término de los 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia de conformidad a la parte motiva.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que de manera inmediata a la ejecutoria de esta sentencia deberá registrar en la historia laboral del demandante ARCENIO RINCÓN GONZÁLEZ para efectos pensionales de Colpensiones las semanas cotizadas durante su vinculación al RAIS una vez ingresen estas sumas de dinero provenientes de las AFP COLFONDOS S.A.; así mismo debe proceder a revisar que se haya hecho la devolución de conformidad a lo ordenado en esta sentencia, de conformidad a la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por AFP COLFONDOS S.A., con relación a COLPENSIONES se declaran probadas la excepción de inexistencia de la obligación por falta y título para pedir respecto de las pretensiones del reconocimiento de la pensión de vejez, del pago del retroactivo pensional y de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en consecuencia, se le absuelve de estas pretensiones y se declaran no probadas las demás excepciones formuladas por COLPENSIONES.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a AFP COLFONDOS S.A. y a favor de la demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas e inclúyase como agencias en derecho a cargo de AFP COLFONDOS S.A. la suma de $1.150.000, y sin costas a cargo de COLPENSIONES de conformidad a la parte motiva.

El Juzgado, fijo como problema jurídico a resolver, si hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al RAIS, que efectuó la accionante el 18 de abril de 1994, ello en razón a la falta de suministro de información al momento del traslado de régimen.

Para resolver la controversia fijó como marco normativo, los artículos 13, 20, 54,101, 33 y 36 de la Ley 100/93, Decreto 656 de 1994, decreto 692 de 1994, Decreto 663 de 1993, Ley 1748/15, entre otros, así como la amplia jurisprudencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia que se encuentra vertida en sentencias tales

como la SL 31989-2008, SL 31314- 2008, SL 33083-2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL 49892-1018, SL1452-2019, entre otras, en las cuales esa Corporación tiene asentada que en estos eventos que se aduce el traslado del régimen pensional sin el cumplimiento de información por parte del fondo de pensiones, es de suma importancia, que efectivamente el fondo logre demostrar que se cumplió con ese deber de información para que efectivamente se tomara una decisión informada por parte del afiliado y que efectivamente fue una decisión autónoma, consciente, consciente y objetivamente verificable.

Aludió a las tres etapas del deber de información, a las que hace referencia la sentencia SL1452-2019, de esa misma Corporación: ***i)*** la primera se encuentra regulada por el literal b) del artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, numeral 1º del artículo 97, del decreto 663 de 1993, en donde el contenido mínimo y el alcance del leer de información estaba en que se debía hacer una ilustración de las características, condiciones, acceso a efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición, la pérdida de beneficio pensionales; ***ii)*** la segunda etapa este desde información, ya implicaba la asesoría y buen consejo, regido por el literal c) del artículo tercero de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 1010, que implicaba ya en ponía los fondos el deber de hacer un análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicar; ***iii)*** la tercera etapa, que ese se debe de información, asesoría o buen consejo, e incluye ya una doble asesoría que se establece en el artículo 3º de la Ley 1748 de 2014, Decreto 2071 de 1015 y la circular externa 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, información que debe darse de forma oportuna.

Adujo que, conforme a la jurisprudencia de dicha Corporación, en estos eventos se presenta una inversión de la carga y le corresponde al fondo privado demostrar que cumplió con ese deber de información y que para ello no son suficientes esos formatos preimpresos de los fondos en donde se manifiesta que se realiza el traslado de manera libre y voluntaria, sino que se debe demostrar por el fondo privado, que efectivamente se cumple con el deber de información completa, cierta, veraz y oportuna, y que esos formularios solo dan constancia del consentimiento de mayor consentimiento informado que se requiere; que incluso el traslado horizontal entre fondos privados en el régimen de audio individual no convalida el consentimiento original. Tampoco se

convalida el consentimiento original por las reasesorías que se hayan efectuado en forma posterior al traslado inicial.

Al descender al caso bajo examen, dijo que conforme a las pruebas aportadas, no existe discusión en cuanto a que el actor, viene vinculado con Colfondos desde el 18 de abril de 1994; que de la historia laboral allegada por Colpensiones, se observa que este tuvo una afiliación inicial al ISS desde el 24 de noviembre del año 1980, en donde se realizaron cotizaciones del 24/11/1980 al 02/02/1981 en un total de 10.14 semanas; que en el interrogatorio de parte rendido por el accionante, este indicó que era asistente administrativo del fondo accionado, no ejecutivo de ventas; que no se le había dado por parte de Colfondos esa información completa sobre las características, ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; que no se había cumplido el asesor con ese con esa información en el momento específico.

Agregó que, dentro de este proceso, lo que no queda establecido es cuáles eran las funciones del demandante en Colfondos como ejecutivo de cuenta que firma el formulario como ejecutivo de cuenta, y si en gracia de discusión se considera que el ejecutivo de cuenta es lo que se denomina comúnmente como asesor comercial, de lo cual no existe prueba al respecto; que aun cuando Colfondos sostuvo que la asesoría que recibió el demandante fue íntegra y transparente; que sus funcionarios son permanentemente capacitados a fin de que al momento de la afiliación puedan suministrar toda la información, asesoría completa y necesaria a sus clientes en relación con los productos y servicios prestados por esa entidad, en el expediente lo que no está demostrado por parte de Colfondos es que a pesar de que se señale que el ejecutivo de cuentas era el mismo señor Rincón, es ¿Cuál fue la capacitación y cuál era la preparación del señor Arsenio Rincón para la data en que suscribió esa afiliación a el fondo privado el 18 de abril del año 1994?, de lo que no existe la prueba porque Colfondos eludió acreditar a este despacho toda la hoja de vida del demandante, lo cual constituye un indicio en su contra.

Con base en lo anterior concluyó, que hay lugar a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensionado realizado por el demandante el 18/04/1994, y su retorno al RPM, imponiendo condena en los términos señalados en la parte resolutiva ya reproducida.

En cuanto a la pensión de vejez reclamada, señaló que el demandante no era beneficiario por cuanto este nació el 21/05/1962, lo que permite establecer que para el 01/04/1994, entrada en vigencia de la Ley de 1993, solo tenía 31 años cumplidos. Por

tanto, no se cumplen los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que claramente exigía 40 años de edad para los hombres; que tan solo contaba con 10,14 semanas aportadas al RPM, sin que se acrediten tiempos públicos; conforme a ello, el derecho personal del actor debe analizarse a la luz del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, norma que estableció como edades, a partir del 1º de enero de del año 2014, 57 años de edad para las mujeres y 62 años para los hombres, y teniendo en cuenta las modificaciones realizadas por el artículo 9 de la Ley 797 del año 2003, a partir del 2015, se requieren 1300 semanas cotizadas; que al revisarse la historia laboral, se observa que el demandante a la data de la sentencia, este no tiene la edad, para acceder a la pensión, como tampoco el número de semanas por cuanto solo acredita 896 semanas hasta diciembre de 2018, las que sumadas al RPM, arrojan 906,14 semanas, resultando claro que no tiene las 1300 semanas que exige la ley

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del demandante, interpuso recurso de apelación frente a las costas, solicitando se impusiera condena por este concepto a las demandadas por cuanto fueron vencidas en juicio, ello de conformidad con el artículo 365 del CGP.

La **AFP COLFONDOS solicitó revocar las condenas** revocar las condenas accesorias frente a la declaratoria ineficacia de la afiliación, esto atendiendo que mi representada no puede trasladar sumas adicionales, toda vez que estos pagos o estas sumas fueron canceladas en su momento a la aseguradora que tenía o en sus vigencias tenía mi representada, esto de seguros Bolívar, Mapfre, Colpatria entre otras, en el cual pues mi representada solamente fue consignada y por ende, estas son las entidades que en su momento tendrían que haber devuelto y que no fueron llamados dentro del proceso, pues estas sumas son solamente son canceladas o son reconocidas por las aseguradoras cuando son pensiones de sobrevivencia o invalidez.

Frente a los gastos de administración, tampoco son procedentes, toda vez que las actuaciones de mi representada en están ceñidas a la Constitución y la ley, puestO que la comisión por el manejo de aportes obligatorios son de consagración legal y se encuentran contempladas en el artículo 60 DE la Ley 100 del 93, en donde señala las características de RAIS, en especial el literal b); teniendo en cuenta lo anterior, las entidades que administran los fondos de pensiones están legalmente facultados para administrar los dineros de dicho régimen.

En este orden de ideas, si la consecuencia de la ineficacia de la afiliación es que las cosas vuelvan a su estado anterior, en estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y por ende nunca mi representada de administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual y tampoco, deberá devolver COLPENSIONES los aportes del aquí demandante, los rendimientos generados y adicionalmente lo descontado por comisión las sumas previsionales, el porcentaje de garantía de pensión mínima, pues se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor del aquí de mandante, pues estaría recibiendo unos rendimientos generados por una buena administración de mi representada, sin reconocer o pagar ningún concepto de la gestión realizada, lo cual va en un detrimento del patrimonio de mi representado, vulnerándose el derecho a la igualdad y privilegiando de manera injustificada.

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación señalando que, es evidente que el señor como trabajador de una entidad a la cual está prestando ese servicio y que en ocasiones y de manera repetida se manifestó las capacitaciones que se le brindan a esos mismos trabajadores que están prestando ese servicio, siendo claro que la persona tenía pleno conocimiento de todos los requisitos y condiciones para ser acreedor de una pensión, tanto en el RAIS como en el RPM; que también es de entenderse que para la fecha del traslado, según la normatividad aplicable para para el presente caso, pues el literal b) y e) artículo 13 de la ley 100/93, el Decreto 692 de 1994 y el Decreto 663 del año 1993, eran la aceptación espontánea, libre y expresa de un afiliado para trasladarse de régimen y se manifiesta a través de la firma del formulario de afiliación, lo cual pues en este asunto se da con total en plenitud y se deriva según el documento escrito y registrado por el demandante.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver los recursos de apelación presentados el demandante, Colfondos 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, ***i)*** si el traslado del régimen de prima media al de ahorro

individual que hizo el demandante a través de la AFP Colfondos, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por el promotor del litigio en el RAIS; y ***ii)*** si hay lugar a imponer condena en costas a la parte demandada.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que el señor ARCENIO RINCÓN GONZÁLEZ nació el 21 de mayo de 1962; ***ii)*** que se afilió al ISS desde el 24 de noviembre del año 1980, en donde se realizaron cotizaciones del 24/11/1980 al 02/02/1981, para un total de 10.14 semanas; y ***iii)*** que el que el **18 de abril del año 1994**, la AFP Colfondos entidad en la que se encuentra afiliada; lo anterior, tal y como se desprende de las respectivas respuestas dadas por las accionadas y los documentos allegados al informativo.

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

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la

entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

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

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

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

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

Así, para la fecha en que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**18 de abril del año 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 **18 de abril del año 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.

De otra parte, en cuanto al argumento de Colpensiones relacionado a que el actor laboraba para el fondo privado y era conocedor de todos los requisitos y condiciones para ser acreedor de una pensión y que recibía capacitaciones para ello, debe indicar la Sala, que como bien lo dijo la juez de primer grado, si bien está demostrado que el promotor del litigio laboró para Colfondos, brilla por su ausencia las capacitaciones que le brindó, las funciones que realmente cumplía en el cargo y que tuviera conocimiento de todos los pormenores, características, ventajas y desventajas de uno otro régimen pensional, puesto que el referido fondo no allegó al informativo las pruebas que así demostraran, como por ejemplo el manual de funciones y la carpeta administrativa donde aparece la hoja de vida laboral del actor; incluso en el interrogatorio de parte, el accionante afirmó que su cargo no era el de ejecutivo de cuenta, sino el de Asistente Administrativo, de tal suerte que, no puede relevarse al fondo privado de entregar la información y asesoría completa al futuro afiliado.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena

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

Debe hacerse claridad además en que, 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 y Porvenir al señalar que 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.

Frente al reparo formulado por las accionadas según el cual para la fecha en que el demandante llevó a cabo el traslado al RAIS no le era exigible a la AFPS suministrar la información con el detalle que se requiere, la 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*».

Y es que no puede perderse de vista que, el traslado de régimen reviste un aspecto fundamental y trascendental en la vida laboral de cualquier afiliado, por cuanto está de por medio el acceso a un derecho fundamental, con es el de la pensión de vejez, de tal suerte que lo mínimo que podría esperarse por parte de los fondos de pensiones, es que de esa importante decisión existan los registros documentales,

fílmicos o de cualquier otra naturaleza probatoria que permitan corroborar que dio a conocer al futuro afiliado todos los pormenores, consecuencias e implicaciones que ese cambio de régimen significaba, así como las características de uno y otro régimen 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; 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 cambió 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; como ello fue ordenado por la juez de primera instancia, se confirmará la decisión.

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; 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, por esta razón, no se acogen los fundamentos esbozados por las recurrentes frente a este aspecto.

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).

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

DEL COMUNICADO DE PRENSA DE LA SENTENCIA SU-107 DE 2024.

El pasado 9 de abril de 2024, la Corte Constitucional emitió un comunicado de prensa sobre la aludida sentencia que tiene como propósito modular el precedente de la Corte Suprema de Justicia en materia probatoria en procesos ordinarios donde se discute la ineficacia del traslado de afiliados entre los dos regímenes pensionales por problemas de información ocurridos entre 1993 y 2009; no obstante, como a la fecha, la providencia en sí no ha sido publicitada y dada a conocer al público, la Sala considera que dicho comunicado no tiene fuerza vinculante, tal como la misma Corte Constitucional lo explicó en Auto 201 del 2013, así:

> *7. Al respecto, esta Sala Especial recuerda que el alcance de los comunicados de prensa es meramente informativo, que no son sentencias y, en esa medida, al no responder a las características propias de las providencias judiciales, no se les confiere fuerza vinculante de ninguna índole. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que:*
>
> > *"el Reglamento Interno de la Corte Constitucional, en el literal c) de su artículo 9º, establece como función del Presidente de la Corporación la de "servir a la Corte de órgano de comunicación", de modo que "sólo él podrá informar oficialmente de los asuntos decididos en Sala Plena" y, precisamente, en ejercicio de esta función, el presidente expide y firma los comunicados de prensa, cuyo carácter es meramente informativo, según lo ha puesto de presente la Corporación al señalar que "son un medio expedito para dar a conocer a los ciudadanos las sentencias que profiere la Corte, pero no reemplazan la decisión misma".*
>
> *8. En esa medida, la Corte ha reconocido la posibilidad de que se presenten variaciones entre el comunicado de prensa y la sentencia "documentada y firmada". Así, atendiendo a las discrepancias que pueden surgir entre uno y otro, de una parte, y a la naturaleza y alcance que diferencian los comunicados de prensa de las providencias judiciales, de la otra, la Corte Constitucional sostuvo que no se le puede otorgar al comunicado "capacidad para afectar la providencia cuya adopción se limita a anunciar", pues "se le conferiría una fuerza vinculante que, fuera de no corresponderle, enervaría la sentencia misma y la vaciaría de su contenido y de su valor".*
>
> *9. Bajo el mismo argumento, esta Sala Especial considera que no se le debe otorgar al comunicado de prensa de una determinada sentencia la capacidad para afectar otra providencia que ya se adoptó y que está en firme (…)* (Subrayado del texto original).

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, para lo cual sirven de fundamento los argumentos aquí expuestos.

En consecuencia, se confirmará la decisión en este punto también.

RECURSO DE APELACIÓN DEL DEMANDANTE

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA

En cuanto a la condena en costas a cargo de Colpensiones en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas a la parte vencida en el proceso, luego al resultar vencidas en juicio en tanto, una tiene que trasladar los aportes efectuados por el actor en el RAIS y demás emolumentos ordenaros y la otra, tiene que recibir los mismos y actualizar la historia laboral del demandante, además de presentar oposición a las pretensiones de la demanda, deben ser condenadas en costas; por lo tanto, se revocará parcialmente la decisión de primer grado sobre este puntal aspecto y, en su lugar, se ordenará condenar en costas también a Colpensiones.

COSTAS

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el numeral **SEXTO** de la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, para en lugar condenar en costas de primera instancia también a Colpensiones

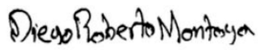
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada en lo demás.

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

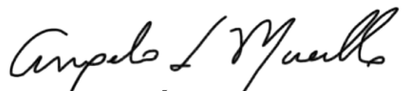
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colfondos y Colpensiones, la suma de $1.300.000 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	11001310500820220040201
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	JAVIER NICOLÁS PÉREZ SIERRA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

El señor **JAVIER NICOLÁS PÉREZ SIERRA** pretende que se **declare** la ineficacia en la vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), realizado con Colfondos S.A., toda vez que carece de validez, por no habérsele asesorado conforme a la ley; se **declare** válida la voluntad de estar afiliado a Colpensiones. En consecuencia, se **ordene** a Colfondos S.A., a trasladar los dineros obrantes en la cuenta de ahorro individual, como rendimientos, cuotas de administración y demás descuentos realizados a Colpensiones; que se **ordene** a dicha entidad, a recibir el traslado de régimen, que la misma se mantuvo sin disolución, y a actualizar la historia laboral; que se **condene** a las demandadas a pagar las costas y agencias en derecho, al igual de lo que resulte probado en uso de las facultades extra y ultra petita.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f ° 1 a 3 archivo 02, carpeta 1ª inst. exp. digital) señaló en síntesis, que nació el 4 de septiembre de 1962; que ha cotizado en el régimen de prima media (en adelante RPM) y en el RAIS; que se trasladó a Colfondos S.A., el 4 de diciembre de 1996; que el asesor de dicha AFP le informó que era inminente la desaparición del Instituto de Seguros Sociales (en adelante ISS) y debía trasladarse de régimen; que no se le brindó una información clara, oportuna, real, detallada y comprensible acerca de las características y las diferencias de cada uno de los regímenes: la AFP omitió informar que la pensión que llegaría a recibir en el RAIS se calcula en un monto que depende de la rentabilidad del fondo, el capital ahorrado, edad, estado civil y número de hijos; como tampoco le informaron qué es una pensión de garantía mínima.

Señaló que, presentó petición ante Colfondos S.A., solicitando los soportes de la asesoría y el cálculo pensional; respondió que no contaban con soporte alguno; de igual forma, solicitó su traslado a Colpensiones con respuesta negativa por encontrarse a menos de diez años para pensionarse; que el traslado de régimen carece de validez y eficacia, toda vez que no cumplió con su deber de información y buen consejo al momento de la afiliación y durante la vinculación.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS 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 del actor, las cotizaciones efectuadas tanto en el RPM como en el RAIS, la petición presentada, y su respuesta. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle o que no eran ciertos.

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

COLPENSIONES contestó (archivo 07, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, las cotizaciones efectuadas tanto en el RPM como en

el RAIS, la reclamación administrativa, y su respuesta negativa. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle o que no eran ciertos. Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción y caducidad, la de inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 5 de octubre de 2023 (archivos 19 y 20 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

> ***PRIMERO: DECLARAR*** *la ineficacia del traslado del señor* ***JAVIER NICOLÁS PÉREZ SIERRA*** *realizado de régimen de prima media al* ***RAIS*** *acaecido el día 04 de diciembre de 1996 mediante su afiliación a* ***COLFONDOS****, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a* ***COLPENSIONES*** *admitir el traslado de régimen pensional del señor* ***JAVIER NICOLÁS PÉREZ SIERRA.***
>
> ***TERCERO: CONDENAR*** *a la demandada* ***COLFONDOS*** *a devolver a* ***COLPENSIONES*** *todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación del señor* ***JAVIER NICOLÁS PÉREZ SIERRA****, tales como cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, aplicable por remisión analógica en materia laboral, esto junto con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> ***CUARTO: CONDENAR*** *a* ***COLPENSIONES*** *a aceptar todos los valores que devuelva* ***COLFONDOS*** *que reposaban en la cuenta de ahorro individual del demandante, y efectuar todos los ajustes en la historia pensional del actor.*
>
> ***QUINTO: COSTAS*** *en esta instancia, a cargo de la parte demandada* ***COLFONDOS*** *liquidarse por Secretaría, fijando agencias en derecho en la suma de $1.160.000 de pesos.*

Para **fundamentar su decisión** sostuvo que el deber de información fue previsto, a partir del Decreto 663 de 1993, con una evolución normativa a saber, Decreto 657 de 1994, Ley 1328 del 2009, Decreto 2555 del 2010, Ley 1748 del 2014, Decreto 2071 del 2015 y la Ley 795 del 2003. Indicó, que dichas disposiciones normativas advertían los conceptos que hoy se conocían como el deber de información y buen consejo. Mencionó que, al analizar, por ejemplo, lo estatuido en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, se hablaba de una mayor información necesaria para lograr transparencia en las operaciones que realicen los usuarios y puedan tomar las mejores decisiones de manera informada.

Adujo que, en atención al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, se podía entender que la falta de información por parte de las AFPS, eventualmente se podía constituir

en un atentado en contra de los derechos de los trabajadores para afiliarse y seleccionar la entidad a la que quieren pertenecer, pues con esta omisión se imposibilitaba al potencial afiliado, para que obrara con una real convicción al momento de hacer su elección. Indicó que, la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado frente al tema, entre muchas otras en la sentencia SL 12316 2014 o la de SL 4360 del 2019, donde el órgano de cierre de la jurisdicción, luego de hacer referencia a la obligación que recae en las AFP de suministrar a sus afiliados la información completa y suficiente, antes del traslado de régimen, precisó que dicha información correspondía a la situación particular de cada afiliado, por lo que se le deben dar a conocer las condiciones de su derecho a pensional en uno y otro régimen, las características de cada uno y en especial la incidencia que estas pudiesen tener en la situación personal particular, ello en aras de que el traslado de régimen sea válido por la existencia de un consentimiento de afiliación precedido de la información idónea.

Expuso que, resulta evidente que la información con la cual se convalida el consentimiento como elemento de validez de la afiliación, no era aplicable de manera exclusiva a los beneficiarios del régimen de transición, quienes contarían con una expectativa legítima para pensionarse, toda vez que la información en los términos señalados por la Corte, es una situación particular del afiliado, sin distinciones derivadas de la afiliación por lo que no tendría sentido un trato desigual de la óptica de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional para un grupo poblacional beneficiarios del régimen de transición frente a quienes no lo son, ya que no se puede consentir que los fondos de pensiones hayan incumplido con su obligación o deber de buen consejo respecto de todos sus afiliados, al margen de que estos estuvieran cubiertos o no por el régimen de transición y contaran con una expectativa pensional legitima.

En consecuencia, concluyó que la carga probatoria de demostrar la información recae sobre las AFPS, no solo por la aplicación de la carga dinámica de la prueba, sino que es una obligación consagrada en el Decreto 663 de 1993, por lo que estas entidades al momento de la afiliación deben suministrar la información correcta, para así acreditar dicho suministro; por lo tanto, la AFP no aportó medio de convicción tendiente a demostrar la información suministrada al actor a efectos de que el traslado fuera válido. Aunado, a que del interrogatorio de parte no se pudo extraer la confesión respecto a la información, ya que, si bien afirmó que a su lugar de trabajo llegó un asesor, y que aquél realizó el trámite del formulario de afiliación, no se evidenciaba que se le haya brindado información referida por la Corte Suprema de Justicia, es decir,

no se le dio a conocer la existencia de los dos regímenes pensionales, ni las características de cada uno de ellos.

Arguyó que, a pesar de existir una declaración de voluntad de afiliación en el formulario de vinculación, dicho manifestación no tiene el alcance para demostrar el consentimiento informado, pues según la sentencia SL 4426 de 2019, la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos son insuficientes para haber por demostrado el deber de información, son solo formalismos que acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.

Por las razones expuestas, y bajo los criterios de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL 12135 de 2014 o SL 373 de 2021, sostuvo, que se deriva la ineficacia del traslado, dado que el acto de afiliación no producía efectos, por cuanto para su validez se requiere que sea de una expresión de voluntad del afiliado derivado de un consentimiento informado, y al no suministrarse la información idónea, era evidente que no se daban los presupuestos necesarios para que el acto tenga validez, razón por la cual resultaba procedente la declaratoria de ineficacia.

De otra parte, con respecto al estudio de las excepciones, explicó que esta acción no estaba sometida al término trienal de prescripción que regía en materia laboral, toda vez, que correspondía a un asunto ligado con la construcción de un derecho pensional, que aún no se ha causado y, por ende, resultaba imprescriptible, en el sentido de que, si se sometía su reclamación a un período determinado, afectaría gravemente los derechos fundamentales del trabajador. Sobre este tema citó la sentencia SL1689 del 8 de mayo de 2019. Finalmente, se relevó al estudio y pronunciamiento de los demás medios exceptivos invocados y fijó las costas a cargo de Colfondos S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

COLFONDOS interpuso recurso de apelación argumentando que el formulario de afiliación es prueba idónea para acreditar que hubo voluntad por parte del afiliado en realizar el traslado régimen pensional, aunado a que no existió vicio en el consentimiento, ni maniobras tendientes a engañar al afiliado, por lo tanto, no se constriñó u obligó a realizar dicho traslado. Reiteró, que la decisión por parte del promotor de la litis fue libre y voluntaria, y se cumplieron con los requisitos establecidos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

COLPENSIONES arguyó que, frente a la carga de la prueba que fue trasladada a las demandadas, no era posible la exigencia de la exhibición de pruebas inexistentes para la época de los hechos, toda vez que la normativa para el año 2002, imponía solo el deber a los fondos de pensiones de brindar información clara, precisa, detallada y veraz, más no constancia de su suministro, máxime que se brindaba de manera verbal; que con la firma del formulario se entendía el consentimiento informado otorgado por el afiliado; que imponer el deber de información era una carga desproporcionada para la demandada, por cuanto los asesores de Colfondos no estuvieron presentes.

Expuso que, conforme al artículo 2 de la Ley 797 de 2003, la actora se encontraba dentro del límite temporal para haber solicitado el traslado de régimen, dado que para la fecha en que peticionó se declarara la ineficacia del traslado, ya contaba con la edad de 58 años, por lo cual estaba inmersa dentro de la prohibición legal. Agregó, que aquella tampoco era beneficiaria del régimen de transición, dado que, no cumplía con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en cuanto que, para el 1 de abril de 1994, la actora solamente había cotizado 322.71 semanas para el RPM, al ISS, hoy Colpensiones.

Resaltó que, el traslado realizado por la demandante en el año 2002 a Colfondos fue efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen pensional, consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100/93, de manera libre y voluntaria, como lo expresó en el interrogatorio de parte, sin ningún tipo de coacción ejercida por las demandadas, la señora procedió a realizar el traslado de régimen.

Finalmente, solicitó se revoque la condena en costas, dado la buena fe con la que ha actuado y que ha sido un tercero en el pleito que no tuvo injerencia alguna.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

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

individual que hizo el demandante a través de la AFP Colfondos S.A. es ineficaz por falta de información, y si, como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a Colpensiones los todos los aportes realizados por el actor en el RAIS.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que el señor Javier Nicolás Pérez Sierra nació el 4 de septiembre de 1962 (f° 1, archivo 03 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); ***ii)*** que realizó cotizaciones en el RPM entre el 23 de septiembre de 1981 y noviembre de 1996 (archivo GRP-SCH-HL-4124140, archivo 08, ibid.); ***iii)*** que diligenció el formulario de traslado, el 4 de diciembre de 1996 (f° 19, archivo 03, ibid.); ***iv)*** que el 11 de julio de 2022, solicitó a la AFP Colfondos S.A., soportes de la asesoría y el cálculo pensional, la cual fue respuesta el 19 de julio de 2022, indicando que no tenía soporte de ello; y ***v)*** la solicitud que hizo a Colpensiones, la cual fue negada (f° 2 ibid.).

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

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**4 de diciembre 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); lo cual confirma la desatención de dicha AFP, dado que en el interrogatorio de parte, el actor manifestó que al momento de la vinculación se encontraba en su lugar de trabajo y lo abordó un asesor del organismo, el cual solo le informó que dicha entidad es una administradora de pensiones privadas, y que el ISS iba a desaparecer, pero no le mencionó la existencia de los regímenes pensionales o las características de cada uno de ellos, así como tampoco le dijo qué pasaría con sus aportes.

En efecto, Colfondos S.A., no aportó un solo medio de convicción que demostrara que brindó la información necesaria al afiliado, ahora demandante, previo a su traslado. De hecho, como se advirtió no existió acompañamiento, y solo esa AFP pretendió acreditar el cumplimiento de dicha obligación únicamente con la suscripción del formulario de afiliación preimpreso, por parte del demandante, y aunque no se requiere prueba solemne para demostrar la ejecución del deber de información, el medio debe ser útil para acreditarlo, pero ni siquiera existe referencia testimonial sobre la supuesta asesoría verbal que alegó Colpensiones en favor de la AFP, sobre todo con las características que se exigen, y no una simple mención de las bondades del régimen.

Resulta pertinente indicar, que ese deber de información debe cumplirse absolutamente siempre, con independencia de si el potencial afiliado es una persona con estudios académicos superiores, o con cargos laborales directivos o subdirectivos, ya que, esto no implica de ninguna manera que conozca el sistema pensional, configurándose como un afiliado lego en este puntual tema, y la AFP como la experta, y es que no puede ser de otra manera, pues los fondos privados cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en

complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios.

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP suscrito el **4 de diciembre 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.

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

En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, o porque le realizaron una reasesoría, como en este caso, cuando el actor solicitó una proyección en donde se le informaron los pormenores del RAIS, 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.

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

Debe hacerse claridad además en que, 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 y la AFP al señalar que 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 información básica.

Frente al reparo formulado por las impugnantes según el cual para la fecha en que el demandante llevó a cabo el traslado al RAIS no le era exigible a la AFPS suministrar la información con el detalle que se requiere, la 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*».

Y es que no puede perderse de vista que, el traslado de régimen reviste un aspecto fundamental y trascendental en la vida laboral de cualquier afiliado, por cuanto

está de por medio el acceso a un derecho fundamental, con es el de la pensión de vejez, de tal suerte que lo mínimo que podría esperarse por parte de los fondos de pensiones, es que de esa importante decisión existan los registros documentales, fílmicos o de cualquier otra naturaleza probatoria que permitan corroborar que dio a conocer al futuro afiliado todos los pormenores, consecuencias e implicaciones que ese cambio de régimen significaba, así como las características de uno y otro régimen 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; en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juzgador 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 cambió 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 en forma precisa por la jueza de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, por cuenta del 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 ordinal 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 aquellas, 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 la *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta del demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

En consecuencia, se confirmará la decisión de la *a quo* frente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen realizado el 4 de diciembre de 1996, al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A., con todas las consecuencias jurídicas impuestas en primera instancia y la modificación anterior.

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

PRESCRIPCIÓN

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

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

En consecuencia, se confirmará la decisión en este punto también.

DEL COMUNICADO DE PRENSA DE LA SENTENCIA SU-107 DE 2024.

El pasado 9 de abril de 2024, la Corte Constitucional emitió un comunicado de prensa sobre la aludida sentencia que tiene como propósito modular el precedente de la Corte Suprema de Justicia en materia probatoria en procesos ordinarios donde se discute la ineficacia del traslado de afiliados entre los dos regímenes pensionales por problemas de información ocurridos entre 1993 y 2009; no obstante, como a la fecha, la providencia en sí no ha sido publicitada y dada a conocer al público, la Sala considera que dicho comunicado no tiene fuerza vinculante, tal como la misma Corte Constitucional lo explicó en Auto 201 del 2013, así:

7. Al respecto, esta Sala Especial recuerda que el alcance de los comunicados de prensa es meramente informativo, que no son sentencias y, en esa medida, al no responder a las características propias de las providencias judiciales, no se les confiere fuerza vinculante de ninguna índole. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que:

> *"el Reglamento Interno de la Corte Constitucional, en el literal c) de su artículo 9º, establece como función del Presidente de la Corporación la de "servir a la Corte de órgano de comunicación", de modo que "sólo él podrá informar oficialmente de los asuntos decididos en Sala Plena" y, precisamente, en ejercicio de esta función, el presidente expide y firma los comunicados de prensa, cuyo carácter es meramente informativo, según lo ha puesto de presente la Corporación al señalar que "son un medio expedito para dar a conocer a los ciudadanos las sentencias que profiere la Corte, pero no reemplazan la decisión misma".*

8. En esa medida, la Corte ha reconocido la posibilidad de que se presenten variaciones entre el comunicado de prensa y la sentencia "documentada y firmada". Así, atendiendo a las discrepancias que pueden surgir entre uno y otro, de una parte, y a la naturaleza y alcance que diferencian los comunicados de prensa de las providencias judiciales, de la otra, la Corte Constitucional sostuvo que no se le puede otorgar al comunicado "capacidad para afectar la providencia cuya adopción se limita a anunciar", pues "se le conferiría una fuerza vinculante que, fuera de no corresponderle, enervaría la sentencia misma y la vaciaría de su contenido y de su valor".

9. Bajo el mismo argumento, esta Sala Especial considera que no se le debe otorgar al comunicado de prensa de una determinada sentencia la capacidad para afectar otra providencia que ya se adoptó y que está en firme (…) (Subrayado del texto original).

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las recurrentes, como quiera que sus recursos de alzadas no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP. Cabe precisar, que en la primera instancia no se le impuso condena por este concepto a Colpensiones, por ende, el argumento sobre la exoneración resulta inocuo.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL ORDINAL TERCERO de la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, el 5 de octubre de 2023, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, 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.

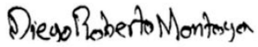
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones, la AFP Colfondos, la suma de $1.300.000 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	11001310500820210018701
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	DORIS VALENCIA VALENCIA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), 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

La señora **DORIS VALENCIA VALENCIA** pretende que se **declare** que el supuesto traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), ocurrido en mayo de 2000, es nulo al no cumplir con los requisitos legales para el traslado de régimen pensional; que se **declare** que se encuentra afiliada al RPM desde el inicio de su afiliación al sistema general de pensiones en agosto de 1991; que se **declare** que tiene derecho a que se actualice su historia laboral, teniendo en cuenta los pagos realizados al sistema de pensiones.

Como consecuencia de lo anterior, pretende que se **condene** a Protección S.A a trasladar todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, como cotizaciones y rendimientos generados; que se **condene** a Colpensiones a reajustar

la historia laboral, reconociendo su afiliación y pago de aportes desde agosto de 1991; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado extra y ultra petita, al pago de las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 1 a 3 archivo 02, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló, en síntesis, que empezó a cotizar al sistema de pensiones desde agosto de 1991; que se encontraba inicialmente afiliada al RPM a través del Instituto de Seguros Sociales (en adelante ISS); que realizó cotizaciones de manera ininterrumpida hasta abril del año 2000; que se vinculó laboralmente con la Universidad el Bosque, a partir de mayo de 2000, en donde de manera errónea y sin explicación, se empezaron a realizar aportes a la AFP Protección S.A.

Narró que, presentó petición a Protección S.A., solicitando se le informe las razones por las que solo fueron cotizadas 12,86 semanas en "Otro régimen", dado que, según la historia laboral, realizó aportes ininterrumpidos en el ISS alrededor de 8 y 9 meses; que se le corrija la historia laboral y se tenga en cuenta la totalidad de aportes realizados en el período antes indicado. Asimismo, solicitó se anule su afiliación con este fondo, ya que no se cumplieron los requisitos legales al momento de la afiliación; bajo similares términos, solicitó se realicen los tramites administrativos correspondientes con Colpensiones, para que se mantenga su afiliación a este régimen desde agosto de 1991. De igual forma, presentó reclamación administrativa ante Colpensiones; obteniendo respuesta negativa por parte de ambas entidades.

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 su inicial vinculación al ISS, las cotizaciones efectuadas hasta abril del año 2000, la reclamación administrativa, la cual fue negada. Frente a los demás hechos, manifestó no constarle o no ser ciertos. Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción, caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** contestó (archivo 11, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la petición presentada, y su respuesta negativa. Frente a los demás hechos, manifestó 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, 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 y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 11 de septiembre de 2023 (archivos 20 y 21 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

> *PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional de la señora DORIS VALENCIA VALENCIA realizado de régimen de prima media al RAIS acaecido el día 22 de mayo de 2000, mediante su afiliación a ING SANTANDER, hoy PROTECCIÓN S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional de la señora DORIS VALENCIA VALENCIA, conforme a lo señalado.*
>
> *TERCERO: CONDENAR a la demandada PROTECCIÓN, a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación de la señora DORIS VALENCIA VALENCIA, tales como cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos frutos e intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, esto es con todos los rendimientos causados.*
>
> *CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelvan PROTECCIÓN, que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar todos los ajustes en la historia pensional de la actora.*
>
> *QUINTO: COSTAS en esta instancia, a cargo de la parte demandada PROTECCIÓN, liquidarse por Secretaría, fijando como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas, la suma de $1.160.000 M/cte.*

Para **fundamentar su decisión** sostuvo que, el deber de información fue previsto, a partir del Decreto 663 de 1993, con una evolución normativa a saber, Decreto 657 de 1994, Ley 1328 del 2009, Decreto 2555 del 2010, Ley 1748 del 2014, Decreto 2071 del 2015 y la Ley 795 del 2003. Indicó, que dichas disposiciones normativas advertían los conceptos que hoy se conocían como el deber de información y buen consejo. Mencionó que, al analizar, por ejemplo, lo estatuido en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, se hablaba de una mayor información necesaria para lograr la mayor transparencia de las operaciones que realicen los usuarios y puedan tomar las mejores decisiones de manera informada.

Adujo que, en atención al artículo 271 de la ley 100 de 1993, se podía entender que la falta de información por parte de las AFPs, eventualmente se podía constituir en un atentado en contra de los derechos de los trabajadores para afiliarse y seleccionar la entidad a la que quieren pertenecer, pues con esta omisión se imposibilitaba al potencial afiliado, para que obrara con una real convicción al momento de hacer su afiliación. Aunado a todo lo anterior, indicó que la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado frente al tema, entre muchísimas otras en la sentencia SL 12316 2014 o la de SL 4360 del 2019, donde el órgano de cierre de la jurisdicción, luego de hacer referencia a la obligación que recae en las AFP de suministrar a sus afiliados la información completa y suficiente, antes del traslado de régimen, precisó que dicha información correspondía a la situación particular de cada afiliado, por lo que se le deben dar a conocer las condiciones de su derecho a pensional en uno y otro régimen, su existencia, las características de cada uno y en especial la incidencia que estas pudiesen tener en la situación personal particular, ello en aras de que el traslado de régimen sea válido por la existencia de un consentimiento de afiliación precedido de la información idónea.

Expuso que, resulta evidente que la información con la cual se convalida el consentimiento como elemento de validez de la afiliación, no era aplicable de manera exclusiva a los beneficiarios del régimen de transición, quienes contarían con una expectativa legítima para pensionarse, toda vez que la información en los términos señalados por la Corte, es una situación particular del afiliado, sin distinciones derivadas de la afiliación por lo que no tendría sentido un trato desigual de la óptica de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional para un grupo poblacional beneficiarios del régimen de transición frente a quienes no lo son, ya que no se puede consentir que los fondos de pensiones hayan incumplido con su obligación o deber de buen consejo respecto de todos sus afiliados, al margen de que estos estuvieran cubiertos o no por el régimen de transición y contaran con una expectativa pensional legítima.

Concluyó que, la carga probatoria de demostrar la información recae sobre las AFPs, no solo por la aplicación de la carga dinámica de la prueba, sino que es una obligación consagrada en el Decreto 663 de 1993, por lo que estas entidades al momento de la afiliación deben suministrar la información correcta, para así acreditar dicho suministro. Aunado, a que si bien al momento del traslado no existía claridad respecto a la forma en que se debía brindar la asesoría, no es impedimento para que las entidades brindaran una información pormenorizada acerca de los efectos de traslado de régimen pensional.

Arguyó que, a pesar de existir una declaración de voluntad de afiliación en el formulario de vinculación, dicho manifestación no tiene el alcance para demostrar el consentimiento informado; manifestó que la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 4426 de 2019, estableció que la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos son insuficientes para haber por demostrado el deber de información, son solo formalismos que acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.

Por las razones expuestas, y bajo los criterios de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 373 de 2021 se deriva de la ineficacia del traslado, dado que el acto de afiliación no produce efectos, por cuanto para su validez se requiere que sea de una expresión de voluntad del afiliado derivado de un consentimiento informado, y al no suministrarse la información idónea, resulta evidente que no se dan los presupuestos necesarios para que el acto tenga validez, razón por la cual resulta procedente la declaratoria de ineficacia.

De otra parte, con respecto al estudio de las excepciones, explicó que esta acción no estaba sometida al término trienal de prescripción que regía en materia laboral, toda vez que correspondía a un asunto ligado con la construcción de un derecho pensional, que aún no se ha causado y, por ende, resultaba imprescriptible, en el sentido de que si se sometía su reclamación a un período determinado, afectaría gravemente los derechos fundamentales del trabajador, en consecuencia, el derecho de los aspirados a solicitar la ineficacia o nulidad del traslado. Sobre este tema citó la sentencia SL1689 del 8 de mayo de 2019.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES arguyó que, frente a la carga de la prueba que fue trasladada a la demandadas, no era posible la exigencia de la exhibición de pruebas inexistentes para la época de los hechos, toda vez, que la normativa para el año 2002, imponía sólo el deber a los fondos de pensiones de brindar información clara, precisa, detallada y veraz, más no constancia de su suministro, máxime que se brindaba de manera verbal; que con la firma del formulario se entendía el consentimiento informado otorgado por el afiliado; que imponer el deber de información era una carga desproporcionada para la demandada.

Iteró que, conforme al artículo 2 de la ley 797 de 2003, que modifico el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, la actora se encontraba dentro del límite temporal para haber solicitado el traslado de régimen, dado que, para la fecha en que peticionó se declarara la ineficacia del traslado, ya contaba con la edad de 64 años, por lo cual estaba inmersa dentro de la prohibición legal; que aquella tampoco era beneficiaria del régimen de transición, dado que, no cumplía con lo establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, en cuanto que, para el 01 de abril de 1994, la actora solamente había cotizado 92 semanas para el RPM, al ISS, hoy Colpensiones.

Resaltó que, el traslado realizado por la demandante en el año 2002 a Santander, hoy Protección S.A., fue efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen pensional, consagrado en la ley 100 de 1993; que de manera libre y voluntaria y sin ningún tipo de coacción ejercida por las demandadas, la señora procedió a realizar el traslado de régimen.

Finalmente, solicitó se revoque la condena en costas, dado la buena fe con la que ha actuado y que ha sido un tercero en el pleito que no tuvo injerencia alguna.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como 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 la demandante a través de la AFP ING Santander, hoy 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.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la señora Doris Valencia Valencia, se afilió al ISS desde de agosto de 1991, en donde realizó cotizaciones de manera ininterrumpida hasta abril del año 2000 (f° 66 a 73 ibid.); ***ii)*** la reclamación presentada tanto a Protección S.A. como a Colpensiones (f° 2 a 3 archivo 02 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); ***iii)*** la respuesta

negativa obtenida por parte de ambas entidades (fº 2 a 3 ibid.); y ***iv)*** el traslado de régimen, lo cual ocurrió el 22 de mayo de 2000 con la firma del formulario (f° 100 ibid.),

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.° 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 actora se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**22 de mayo 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 ING Santander, hoy Protección S.A., que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Protección suscrito **el 22 de mayo de 2000**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la actora, 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).

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 y Porvenir al señalar que 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, máxime en este caso, donde el afiliado al momento de firmar el formulario de traslado en 2003, era beneficiario del régimen de transición en razón a las semanas cotizadas que superaban las 750, y por ello el deber de información y el análisis a su caso en particular debía ser mucho más riguroso, pero aquí Porvenir no demostró siquiera que hubiese entregado información básica.

Frente al reparo formulado por Colpensiones según el cual para la fecha en que la demandante llevó a cabo el traslado al RAIS no le era exigible a la AFP suministrar la información con el detalle que se requiere, la 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*».

Y es que no puede perderse de vista que, el traslado de régimen reviste un aspecto fundamental y trascendental en la vida laboral de cualquier afiliado, por cuanto está de por medio el acceso a un derecho fundamental, con es el de la pensión de vejez, de tal suerte que lo mínimo que podría esperarse por parte de los fondos de pensiones, es que de esa importante decisión existan los registros documentales, fílmicos o de cualquier otra naturaleza probatoria que permitan corroborar que dio a conocer al futuro afiliado todos los pormenores, consecuencias e implicaciones que ese cambio de régimen significaba, así como las características de uno y otro régimen pensional.

De otro lado, del interrogatorio de parte rendido por la actora, advierte la Sala que de este no se desprende confesión alguna en los términos del artículo 191 del CGP, que permita acreditar que la AFP haya dado cumplimiento al deber de información, pues sencillamente, toda su declaración estuvo orientada a que jamás tuvo acompañamiento de algún asesor, simplemente, que cuando celebró el vínculo laboral con su empleador universitario, entre los documentos que le fueron entregados estaba el formulario de afiliación a la AFP, y ella lo firmó sin precaver las consecuencias de esa decisión. Acorde con dicha declaración, de allí no se desprende que se suministró una debida asesoría o que se hubiesen enunciado las implicaciones del acto del traslado, en los términos antes explicados, por el contrario, resulta reprochable que el organismo haya distribuido formularios con empleadores sin tomar las previsiones de asesoría para con los posibles afiliados y verificar sus situaciones particulares.

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; 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 cambió 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 en forma precisa por la jueza de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones – Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe a la afiliada.

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; 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.

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

En consecuencia, se confirmará la decisión de la *a quo* frente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen realizado el 22 de mayo de 2000, al RAIS a través de la AFP ING Santander, hoy Protección S.A., con todas las consecuencias jurídicas impuestas en primera instancia y la modificación anterior.

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 él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

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

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

En consecuencia, se confirmará la decisión en este punto también.

DEL COMUNICADO DE PRENSA DE LA SENTENCIA SU-107 DE 2024.

El pasado 9 de abril de 2024, la Corte Constitucional emitió un comunicado de prensa sobre la aludida sentencia que tiene como propósito modular el precedente de la Corte Suprema de Justicia en materia probatoria en procesos ordinarios donde se discute la ineficacia del traslado de afiliados entre los dos regímenes pensionales por problemas de información ocurridos entre 1993 y 2009; no obstante, como a la fecha, la providencia en sí no ha sido publicitada y dada a conocer al público, la Sala considera que dicho comunicado no tiene fuerza vinculante, tal como la misma Corte Constitucional lo explicó en Auto 201 del 2013, así:

> *7. Al respecto, esta Sala Especial recuerda que el alcance de los comunicados de prensa es meramente informativo, que no son sentencias y, en esa medida,*

al no responder a las características propias de las providencias judiciales, no se les confiere fuerza vinculante de ninguna índole. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que:

> *"el Reglamento Interno de la Corte Constitucional, en el literal c) de su artículo 9º, establece como función del Presidente de la Corporación la de "servir a la Corte de órgano de comunicación", de modo que "sólo él podrá informar oficialmente de los asuntos decididos en Sala Plena" y, precisamente, en ejercicio de esta función, el presidente expide y firma los comunicados de prensa, cuyo carácter es meramente informativo, según lo ha puesto de presente la Corporación al señalar que "son un medio expedito para dar a conocer a los ciudadanos las sentencias que profiere la Corte, pero no reemplazan la decisión misma".*

8. En esa medida, la Corte ha reconocido la posibilidad de que se presenten variaciones entre el comunicado de prensa y la sentencia "documentada y firmada". Así, atendiendo a las discrepancias que pueden surgir entre uno y otro, de una parte, y a la naturaleza y alcance que diferencian los comunicados de prensa de las providencias judiciales, de la otra, la Corte Constitucional sostuvo que no se le puede otorgar al comunicado "capacidad para afectar la providencia cuya adopción se limita a anunciar", pues "se le conferiría una fuerza vinculante que, fuera de no corresponderle, enervaría la sentencia misma y la vaciaría de su contenido y de su valor".

9. Bajo el mismo argumento, esta Sala Especial considera que no se le debe otorgar al comunicado de prensa de una determinada sentencia la capacidad para afectar otra providencia que ya se adoptó y que está en firme (…) (Subrayado del texto original).

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 ORDINAL TERCERO de la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, 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 la demandante estuvo afiliada 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.

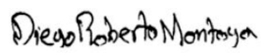
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones, la suma de $1.300.000.



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	11001310500820210005302
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	SONIA CLARA NOVOA VARGAS
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS - ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los Treinta (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), 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, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **SONIA CLARA NOVOA VARGAS** se **declare** la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad que realizó a SKANDIA S.A., PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A. sin que ello produzca efecto alguno, lo que conlleva a retorno automático al RPM; como consecuencia de lo anterior, se ordene a la AFP SKANDIA S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubieren recibido con motivo de su afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C.; que se **declare** que para efectos pensionales continúa afiliada a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES; 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 02, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 11 de marzo de 1965; que se afilió al ISS el 10 de agosto de 1987, efectuando cotizaciones hasta el 31 de mayo de 2000; que en esa fecha se encontraba laborando en la Universidad Externado de Colombia; que el 28 de abril de 2000, la AFP DAvivir, hoy Protección, le ofreció trasladarse de Fondo de Pensiones mediante el formulario de solicitud de vinculación No. 0824141, el cual firmó, sin que para ello le diera la debida asesoría o explicación de cambio de Régimen; que no fue asesorada como corresponde con sus ventajas y desventajas hacia el futuro; que no se ocupó de brindarle asesoría e información directa a través de si asesor, atinente a las consecuencias derivadas de cambio de Régimen pensional, las modalidades pensionales, las implicaciones que conlleva la pensión en el RAIS a los 57 años y en el RPM; que no se le suministró la información necesaria, completa, eficiente, suficiente, eficaz, cierta, oportuna y comprensible de cambio de régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro individual.

Sostuvo que, mediante el formulario de vinculación de enero de 2003, y del 16 de marzo de 2018, los cuales firmó, Skandia trasladó a la demandante sin la debida asesoría o explicación de cambio de Régimen, sin las garantías del cambio del RPM al RAIS, que no fue asesorada como corresponde con sus ventajas y desventajas hacia el futuro, las consecuencias derivadas de cambio de Régimen pensional, las modalidades pensionales, no le suministró información y las implicaciones que conlleva la pensión en uno y otro régimen, no le dio la información necesaria, completa, eficiente, suficiente, eficaz, cierta, oportuna y comprensible de dicho cambio de régimen

Expresó que, PORVENIR S.A. mediante el formulario de vinculación del 20 de noviembre del año 2012, el cual firmó, trasladó a la demandante sin la debida asesoría o explicación de cambio de Régimen, reiterando idénticos hechos como en los otros casos de afiliación antes descritos sobre la falta del deber de información y asesoría.

Adujo que, mediante oficio de octubre de 2020, SKANDIA le informó que no cuenta con las semanas de cotización requerida para una Garantía de Pensión Mínima y no alcanzará el capital acumulado para una pensión de salario mínimo; por lo tanto, se haría devolución de saldos u optar por una pensión familiar o por lo beneficios periódicos BEPS; que 5 de enero de 2021, radicó ante la Administradora Colombiana de Pensiones, solicitud para el traslado del Fondo de Pensiones SKANDIA S.A. al Régimen de Prima Media de Colpensiones; que esta última entidad emitió respuesta el 05 de enero de 2021, negando el traslado.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **AFP PORVENIR S.A**., contestó (archivo 10 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, dijo que no le constaban o no eran ciertos en la forma redactada. Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción, inexistencia de la obligación, buena fe, compensación y buena fe.

La AFP PROTECCIÓN S.A. contestó (archivo 12 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, la afiliación del demandante a esa entidad en el año 2000; frente a los demás, indicó que no eran ciertos o no le constaban. Propuso como excepciones de fondo, las de aplicación inexistencia de la obligación, 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 y la innominada o genérica.

COLPENSIONES contestó (archivo 14 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, la afiliación del actor a esa entidad, la reclamación administrativa que este presentó y la respuesta negativa a la misma; frente a los demás, indicó que no eran ciertos o no le constaban. Propuso como excepciones de mérito propuso las de, prescripción, caducidad, inexistencia de la Obligación y del derecho por falta de causa y titulo para pedir.

La **AFP SKANDIA S.A**., contestó (archivo 19, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la vinculación a ese fondo y la solicitud de nulidad de traslado elevada; frente a los demás, indicó que no eran ciertos o no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones de fondo, las que denominó así: la demandante para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no contaba con afiliación al régimen de prima media administrado por el liquidado ISS, actos de relacionamiento, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se

encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y la genérica.

Adicionalmente, dicho fondo de pensiones solicitó el llamamiento en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (archivo 20, carpeta 1ª inst, exp. digital), en virtud de los contratos de seguro previsional suscritos entre dicha entidad y SKANDIA, el cual fue rechazo por el Juzgado de origen mediante auto del 12 de septiembre de 2022 (archivo 22 carpeta 1ª inst, exp. digital).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 16 de noviembre de 2023 (archivo 35 carpeta 1ª inst, exp. Digital), resolvió:

> *PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional de la señora SONIA CLARA NOVOA realizado de régimen de prima media al RAIS acaecido el día 28 de abril de 2000, mediante su afiliación a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. y posterior traslado a PORVENIR y SKANDIA S.A, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional de la señora SONIA CLARA NOVOA conforme a lo señalado.*
>
> *TERCERO: CONDENAR a la demandada PROTECCIÓN, PORVENIR Y SKANDIA S.A, a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación de la señora SONIA CLARA NOVOA, tales como cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos frutos e intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil.*
>
> *CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PROTECCIÓN, PORVENIR y SKANDIA S.A., que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar todos los ajustes en su historia laboral*
>
> *QUINTO: COSTAS en esta instancia, a cargo de la parte demandada PROTECCIÓN, PORVENIR y SKANDIA, liquídense por Secretaría, fijando como agencias en derecho a cargo de cada una, la suma de $1.160.000 M/cte*

El Juzgado, fijo como problema jurídico a resolver, si hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al RAIS, que efectuó la accionante el 28 de abril de 2000, ello en razón a la falta de suministro de información al momento del traslado de régimen. Dijo que, para ello es que es necesario memorar que el deber de información fue previsto desde la expedición del Decreto 663/93, y la evolución normativa que el tema

ha tenido, a saber: Decreto 663/93, Decreto 657/94, Ley 1328 del 2009, Decreto 2555 del 2010, Ley 1748 del 2014, Decreto 2071 de 2015 Ley 795 del 2003, disposiciones en las que ya están vertidos los conceptos que hoy se conoce como el deber de información y buen consejo, como se lee en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, que alude a la información necesaria, para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realizan los usuarios, de tal suerte que tengan la posibilidad de escoger las mejores opciones del mercado y puedan tomar decisiones informadas

Precisó que, la motivación jurídica de las últimas leyes mencionadas y con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 del 93, guardan estrecha relación con el gran cúmulo de demandas que se suscitaron precisamente por asuntos como el que hoy ocupa la atención del despacho, pues con la incipiente regulación de la referida ley, se incurría en un sinnúmero de imprecisiones frente a la potestad que tenían los afiliados de elegir el régimen pensionar al que querían pertenecer.

Expresó que, atendiendo al contenido del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, es que se podría entender que la falta de información por parte de las AFPS eventualmente se puede constituir en un atentado en contra de los derechos de los trabajadores para afiliarse y selecciona la entidad a la que quieren pertenecer, pues con esta omisión se imposibilita el potencial afiliado para que dure con una real convicción al momento de hacer su selección.

Adujo que, sobre el tema se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, entre otras, en la SL12316-2014, donde el órgano de cierre de la jurisdicción, luego de hacer referencia a la obligación que recaen las AFP de suministrar sus afiliados la información completa y suficiente antes del traslado de régimen, precisa que dicha información corresponde a la situación particular del afiliado, por lo que se le deben dar a conocer las condiciones de su derecho a pensionar en uno y otro régimen, las características de cada uno de los regímenes y la incidencia que tales aspectos puedan tener en la situación pensional ello en alto de que el traslado de régimen sea válido por la existencia un consentimiento de afiliación precedido en la información idónea bajo dicho entendimiento.

Señaló que, la información con la cual se convalida el consentimiento como elemento de validez de la afiliación, no es aplicable de manera exclusiva a los beneficiarios de régimen de transición o a quienes contarán con expectativas pensionales legítimas, pues la información, como ya se indicó sobre la situación particular del afiliado, sin distinciones derivadas de la afiliación, por lo que no tendría

sentido un trato desigual desde la óptica de declararse la nulidad o ineficacia del traslado para un grupo poblacional de los beneficiarios de transición frente a los que no son, pues la postura es solo una, y lo que no se puede consentir es que los fondos de pensiones hayan incumplido con su obligación y deber de buen Consejo respecto de todos sus afiliados, al margen de que estuviesen cubiertos o no por el régimen de transición y contarán o no con expectativas pensionales legítimas al tema, pudiéndose consultar, entre otros, la sentencia STL1135-2017.

Acotó que, en esa medida es que la Corte en las referidas sentencias ha establecido que la carga aprobatoria de demostrar la información en comento recae sobre las AFP, no solo por la aplicación de la carga dinámica de la prueba, sino porque justamente era una obligación de dichas entidades consagradas desde el Decreto 663/93, y por eso es que resulta lógico que las mismas sean quienes en este momento, demuestren el suministro de información que dieron al momento en que se produce el traslado y bajo tales precisiones ha entrado el despacho con el estudio de los medios de convicción aportados al plenario en aras de verificar si protección demostró el suministro de información al momento en que la demandante realizó su traslado de régimen pensionar que como se ha venido señalando fue el día 28 de abril del año 2000, y en esa dirección, advirtió que no se aportaron medios de convicción tendientes a demostrar dicha información, pues a este propósito la prueba del interrogatorio de parte al actor no se extrae confesión respecto de la información requerida a efectos de que se le diera validez al traslado de régimen.

Agregó que, si bien es cierto la demandante hace alusión a algunas de las características del raiz, incluso a la posibilidad de ahorros voluntarios, dicha información, según el dicho de la actora, fue suministrada con posterioridad al traslado de régimen, es decir, dentro de los traslados horizontales que afectó y que no convalidan el consentimiento, en virtud de que la información en los términos que ha señalado la Corte Suprema de Justicia en la que se suministra antes de que se produzca el traslado del régimen pensional, y la información que se pueda dar con posterioridad al traslado inicial no convalida el consentimiento.

Resaltó que, si bien se llegó copia del formulario incluso de Davivir, de donde se evidencia que junto a la firma del accionante hay una declaración de voluntad de afiliación, lo cierto es que en los términos que también ha expuesto ampliamente la Corte Suprema de Justicia, esta documental no tiene el alcance para demostrar un consentimiento informado, pues a lo sumo demuestra un consentimiento sin vicios, pero no informado al tema, pudiéndose consultar la sentencia SL4426-2019.

Concluyó que, al no haberse demostrado en forma alguna que para el día 28 de abril del año 2000, fecha en que solicitó la afiliación ante Davivir en Protección, la demandante hubiese sido informada en la situación personal particular de la existencia de los dos regímenes y en especial la incidencia que dichos regímenes y características tendrían en su situación, lo que en los términos expuestos por la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL373-2021, deriva la ineficacia del traslado, y de que el acto de afiliación no produce efectos, dado que para su validez se requiere que sea una expresión de voluntad del afiliado derivada de un consentimiento informado y a una vez se ha suministrado la información idónea, resulta más que evidente que no se dieron los presupuestos necesarios para que tenga validez y en esa medida se interesa; en consecuencia, declaró la ineficacia del traslado del régimen personal que afectó la demandante el día 28 de abril del año 2000.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PROTECCIÓN** sustentó su recurso de apelación PARCIAL contra la decisión de primera instancia, frente a la orden a su representada de trasladar los rendimientos financieros específicamente encontrados en la cuenta de ahorro individual de la actora, esto por cuanto la demandante en ejercicio de su autonomía de voluntad, decidió trasladarse a la AFP Porvenir, posteriormente a SKANDIA, por lo que la afiliación del actor actualmente no se encuentra vigente con mi representada. En igual sentido se resaltó que, mediante comunicación fecha del 19 de marzo de 2021, la cual reposa en el expediente y fue aportada debidamente con la contestación, se puede avizorar de manera detallada el movimiento de la cuenta de la actora y la constancia del traslado de la totalidad de aportes contentivos, entre ellos los rendimientos, hacia a la AFP Old Mutual hoy Skanda y a Porvenir, por ende, esa cuenta de ahorro individual que la actora tenía con Protección se encuentra en ceros y me representaba procedía a trasladar todos los conceptos que reposaban en la misma, entre ellos los rendimientos financieros que se están ordenando con la presente sentencia.

La **AFP PORVENIR**, interpuso recurso de apelación, argumentando que su representada cumplió con el deber que para la época tenía frente a del probatorio para constatar la voluntad de la afiliada quien en su interrogatorio de parte también manifiesta haber conocido y pues tener presente elementos frente al régimen de individual; que la afiliada nunca manifestó su voluntad de retornar al régimen de prima

media y por el contrario, pues lo que realizó fue múltiples afiliaciones en fondos del régimen de ahorro individual, por lo que pues estaba más que clara su voluntad.

Sostuvo que, de no ser de recibo estos argumentos, solicita que tenga en cuenta que su representada en este caso solo fungió como una administradora de tránsito, ya que pues no estuvo involucrada en el la vinculación inicial de la afiliada al régimen de ahorro individual, y tampoco es la administradora que en este momento administra esa cuenta ahorro individual de la afiliado, por lo que no cuenta con dineros que le pertenezcan a la afiliada, ya que los mismos fueran trasladados en el momento en el que ella realizó su traslado del año 2018, hacia Skandia nuevamente.

Frente al seguro provisional, solicitó que se tenga en cuenta el concepto del 17 de enero de 2020, emitido por la Superintendencia Financiera, quien indicó que en los casos en los que procede la nulidad de unificación traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual, sin que proceda, pues la evolución de otros emolumentos diferentes a estos; que se tenga en cuenta frente al seguro previsional que este descuento que se hace en virtud de una disposición legal, y la virtualidad de mantener a la afiliada protegida frente a los riesgos de invalidez y muerte, por lo que dicha suma ya no hace parte del haber de mi representada, sino que pues fue trasladada en su momento a la aseguradora, que cubría dichos riesgos.

En lo que respecta a la indexación, solicito no condenar a esta, teniendo en cuenta que se ha dicho por la parte de la Corte Suprema que la indexación es una figura jurídica que lo que busca es hacerle frente a la pérdida de valor adquisitivo de la moneda perdida, que no se ve en este caso, por cuanto los rendimientos que la cuenta de ahorro individual de la afilia reporte, pues que en el RPM no hubiese tenido, solicitando se revoque la sentencia en cuanto a las condenas a esa entidad impuestas.

SKANDIA S.A. interpuso recurso de apelación, frente a la condena a esa administradora de cancelar o reintegrar el porcentaje de gastos de administración, comisiones, primas de seguros, frutos o cualquier otra derogación que por mandato de ley; que el artículo 104 de la Ley 100/93, autoriza descontar de las sumas consignadas de cualquier cuenta individual de ahorro pensional, un porcentaje del 3% para el mantenimiento de la misma; lo dicho en concordancia con el artículo 20 de la Ley 797 del 2003, que indica que ese 3% de ingreso base de cotización se destina también a una prima de reaseguros y se tendría también para la remuneración de servicios, como lo acabo de indicar, administración de la cuenta y rendimientos que ofrecen las AFP

en este régimen RAIS, haciendo referencia a la Circular de la Superintendencia Financiera en su parte II, Título III, Capitulo III, que leyó.

Agregó que, existe también un pronunciamiento del 15 de enero del 2020, con radicado 2019152169-003000 de la Superintendencia Financiera, en donde consideró que al decretarse la nulidad o ineficacia la afiliación, procede solamente el traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual del afiliado; que lo que incluye es esto, los rendimientos generados como consecuencia de la administración de los recursos y así como los porcentajes destinados a la garantía de la pensión mínima y los rendimientos; que además indicó que, el porcentaje de la prima de seguros al encontrarse ya sufragada y cumplir su deber la compañía aseguradora, no deben ser devueltos.

Expuso que, los dos regímenes están expuestos a riesgos de naturaleza diferente, no relacionados entre ellos, por lo cual se entiende que los gastos cobrados por la AFP se utilizan para su normal funcionamiento y hace posible con su administración que las cuentas de ahorro individual generen rendimientos y estaremos frente a un enriquecimiento sin justa causa y un pago de lo no debido al solicitar que sean trasladados al régimen de prima media con prestación definida.

Dijo que, debe tenerse en cuenta que la orden emitida no está dando aval al pago o al reintegro de esos dineros descontados, lo que se hallarían prescritos, ya que el porcentaje correspondiente al 3% descontado, se destinó a cubrir los valores ya indicados y existe un tema de prescripción; que en ese orden de ideas, no sería viable la devolución de los gastos de la administración y presumir que estos no son imprescriptibles. Existe además compensación por lo que no es procedente la indexación en razón que se constituiría como una doble sanción por un mismo hecho y los rendimientos obtenidos a nombre de la demandante o bueno de la demandante en este caso retribuyen esa pérdida al poder adquisitivo como tal, como se manifestaron en los alegatos del artículo 7 del Decreto 3995 del 2008, no indica que los gastos de administración deban ser trasladados a los otros fondos o a Colpensiones en caso de darse el traslado de los recursos como tal, una decisión contraria, desconocería lo manifiestamente previsto en las disposiciones normativas de rango legal.

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, para lo cual dijo que con la declaratoria ineficacia de la afiliación se están vulnerando los derechos procesales de mi defendida en su calidad de tercero de buena fe, más allá de que se han sido detectados omisivos o faltantes a la ley, pero que no son atribuibles a los sujetos

procesales, como lo es el fondo privado, a quién le correspondía la carga probatoria de demostrar la asesoría. Téngase en cuenta, que el descontento por parte de la demandante radica, en principio, en la omisión de información por parte de los de los fondos de pensiones y según lo manifestado y lo reafirmado en el interrogatorio, pero ninguna de estas razones que hoy tienen a la quejosa son atribuibles a mi representada, a quién por el contrario, simplemente accedió a la solicitud voluntaria que hizo la actora de trasladar sus recursos al régimen al que en su oportunidad decidió afiliarse; por lo tanto, estos actos transgresores de la ley no deben afectar a quien ha procedido de buena fe e incumplimiento del vasto ordenamiento legal que regula estos.

Sostuvo que, la condena impuesta violenta el principio de sostenibilidad y del sistema pensional que administra COLPENSIONES, produciendo un detrimento patrimonial al fondo común del RPM al ordenar que el actor a quien ya supera la edad de pensión, se le facilitan las circunstancias para pedir una prestación de la cual no ha producido ningún rendimiento en favor de esta administradora, por lo cual se advierte que aun sumando todos los dineros que se ordena devolver a mi representada de parte de las AFP, en cumplimiento de la orden judicial, esta entidad insiste en que hay una abismal diferencia entre lo que en dicho caso se ordene devolver y lo que se hubiera producido de haber estado afiliado el actor, desde que realizó su traslado al Rais; por lo anterior, solicitó revocar la sentencia y absolver a su representada de todas las pretensiones.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver los recursos de apelación presentados por Protección, Porvenir, Skandia 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, ***i)*** si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Davivir, hoy Protección S. A. y los realizados de manera posterior a Porvenir S.A. y Skandia S.A., es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por el promotor del litigio en el RAIS; y ***ii)*** si

los fondos privados están obligados a devolver los aportes voluntarios realizados por el actor.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la señora SONIA CLARA NOVOA VARGAS nació el 11 de marzo de 1965; ***ii)*** que se afilió al ISS el 10 de agosto de 1987, efectuando cotizaciones hasta el 31 de mayo de 2000, en un total de 355 semanas; ***iii)*** que el que el **28 de abril de 2000**, la AFP DAvivir, hoy Protección, cuando suscribió el formulario de afiliación; ***iv)*** que mediante formulario del 20 de noviembre del año 2012, se trasladó a PORVENIR S.A. y ***v)*** que nuevamente mediante formulario de vinculación de enero de 2003, y del 16 de marzo de 2018, respectivamente, se trasladó a Skandia, última entidad en la que se encuentra afiliada; lo anterior, tal y como se desprende de las respectivas respuestas dadas por las accionadas y los documentos allegados al informativo.

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

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**28 de abril de 2000**-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del

Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP suscrito el **28 de abril de 2000**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, como en el *sub lite* que el actor pasó de Protección a Porvenir y luego a Skandia o porque le realizaron una reasesoría, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen,

precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

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

Ahora bien, la teoría de la afiliación tacita o de los actos de relacionamiento que implican ratificación del afiliado de permanecer en el RAIS que refiere Colpensiones, la cual fundamentó en una sentencia de la Sala 4ª Laboral de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia, **no es admisible** porque va en contravía de la jurisprudencia emitida por la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia, que tiene determinado que la validez del traslado de régimen pensional se examina al momento del traslado del RPM al RAIS, por ende, debe evaluarse qué información le fue entregada al potencial afiliado para tomar esa decisión, justo en ese preciso momento o previo a este. Sobre las decisiones tomadas por esa Sala de Descongestión, en sentencia CSJ SL1055-2022, se indicó:

> *Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.*
>
> *Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión.* ***En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad****.* (Negrillas fuera del texto original).
>
> ***De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial****.* (Negrillas fuera del texto original).

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

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

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 y Porvenir al señalar que 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.

Frente al reparo formulado por las accionadas según el cual para la fecha en que el demandante llevó a cabo el traslado al RAIS no le era exigible a la AFPS suministrar la información con el detalle que se requiere, la 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*».

Y es que no puede perderse de vista que, el traslado de régimen reviste un aspecto fundamental y trascendental en la vida laboral de cualquier afiliado, por cuanto está de por medio el acceso a un derecho fundamental, con es el de la pensión de vejez, de tal suerte que lo mínimo que podría esperarse por parte de los fondos de pensiones, es que de esa importante decisión existan los registros documentales,

fílmicos o de cualquier otra naturaleza probatoria que permitan corroborar que dio a conocer al futuro afiliado todos los pormenores, consecuencias e implicaciones que ese cambio de régimen significaba, así como las características de uno y otro régimen 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; 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.

De otra parte, cabe señalar que no es obligatorio para esta Sala de Decisión dar aplicación a sentencias proferidas por otras Salas Laborales de este Tribunal como lo pretende el recurrente, pues se trata de un precedente horizontal, el cual no resulta vinculante, máxime cuando el que aquí se acoge, es el vertido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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 cambió 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.

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; 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, por esta razón, no se acogen los fundamentos esbozados por las recurrentes frente a este aspecto.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la

cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

Por lo tanto, se hace necesario adicionar el numeral Tercero de la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar a las AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y a SKANDIA 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, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que la *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

DEL COMUNICADO DE PRENSA DE LA SENTENCIA SU-107 DE 2024.

El pasado 9 de abril de 2024, la Corte Constitucional emitió un comunicado de prensa sobre la aludida sentencia que tiene como propósito modular el precedente de la Corte Suprema de Justicia en materia probatoria en procesos ordinarios donde se discute la ineficacia del traslado de afiliados entre los dos regímenes pensionales por problemas de información ocurridos entre 1993 y 2009; no obstante, como a la fecha, la providencia en sí no ha sido publicitada y dada a conocer al público, la Sala considera que dicho comunicado no tiene fuerza vinculante, tal como la misma Corte Constitucional lo explicó en Auto 201 del 2013, así:

> *7. Al respecto, esta Sala Especial recuerda que el alcance de los comunicados de prensa es meramente informativo, que no son sentencias y, en esa medida, al no responder a las características propias de las providencias judiciales, no se les confiere fuerza vinculante de ninguna índole. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que:*
>
> > *"el Reglamento Interno de la Corte Constitucional, en el literal c) de su artículo 9º, establece como función del Presidente de la Corporación la de "servir a la Corte de órgano de comunicación", de modo que "sólo él podrá informar oficialmente de los asuntos decididos en Sala Plena" y, precisamente, en ejercicio de esta función, el presidente expide y firma los comunicados de prensa, cuyo carácter es meramente informativo, según lo ha puesto de presente la Corporación al señalar que "son un*

> *medio expedito para dar a conocer a los ciudadanos las sentencias que profiere la Corte, pero no reemplazan la decisión misma".*
>
> *8. En esa medida, la Corte ha reconocido la posibilidad de que se presenten variaciones entre el comunicado de prensa y la sentencia "documentada y firmada". Así, atendiendo a las discrepancias que pueden surgir entre uno y otro, de una parte, y a la naturaleza y alcance que diferencian los comunicados de prensa de las providencias judiciales, de la otra, la Corte Constitucional sostuvo que no se le puede otorgar al comunicado "capacidad para afectar la providencia cuya adopción se limita a anunciar", pues "se le conferiría una fuerza vinculante que, fuera de no corresponderle, enervaría la sentencia misma y la vaciaría de su contenido y de su valor".*
>
> *9. Bajo el mismo argumento, esta Sala Especial considera que no se le debe otorgar al comunicado de prensa de una determinada sentencia la capacidad para afectar otra providencia que ya se adoptó y que está en firme (…)* (Subrayado del texto original).

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, para lo cual sirven de fundamento los argumentos aquí expuestos.

En consecuencia, se confirmará la decisión en este punto también.

COSTAS

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de ordenar a las

AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y a SKANDIA 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, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

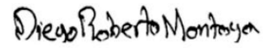
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.

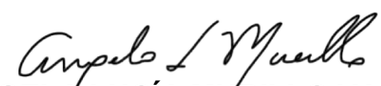
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones, la AFP Porvenir, y Skandia, la suma de $1.300.000 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	11001310500720200011O-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	OLGA VIRGINIA GONZÁLEZ REYES
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), 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

La señora **OLGA VIRGINIA GONZÁLEZ REYES** pretende 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 la AFP Porvenir S.A., el 18 de diciembre de 2003, debido a que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas, desventajas de uno y otro sistema de pensiones, y en especial de su situación personal; como consecuencia de lo anterior, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tenerla entre sus afiliados, como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático, con la totalidad de aportes realizados, rendimientos financieros, actualización de su historia laboral, al igual que el bono pensional que haya a lugar.

De forma subsidiaria solicitó que se declare únicamente válida la afiliación realizada al RPM, teniendo en cuenta que existió multivinculación al momento de

realizar el traslado de régimen con la administradora del RAIS, AFP Porvenir S.A., toda vez que, cuando ello ocurrió se transgredió la prohibición de los tres años, a partir de la selección inicial; que como consecuencia de ello, se devuelvan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones tenerla entre sus afiliados, como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático; que derivado de lo anterior se ordene su regreso al RPM con la totalidad de los aportes realizados y demás emolumentos también indicados en las pretensiones principales.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital) señaló, en síntesis, que se trasladó del RPM a Porvenir S.A. el 18 de diciembre de 2003; que los asesores comerciales no le brindaron información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se le otorgaban tanto en un régimen como en el otro; que tampoco se le hizo un estudio de su situación particular, sólo se le ilustró sobre las ventajas que podría obtener al cambiarse de régimen pensional.

Señaló, que nació el 15 de julio de 1965; que la AFP le realizó una simulación pensional dentro de su plan de vida sin volver a cotizar, en la cual el valor de su mesada pensional para los 57 años arrojó como resultado que el valor equivaldría a la suma de $781.242; que la misma entidad realizó una simulación pensional bajo la modalidad de retiro programado, cotizando el 100% del tiempo, la cual proyectó el valor de su mesada pensional para la misma edad, cuyo valor ascendía a $1.500.000.

Narró que, en la simulación pensional en el RPM, conforme la ley 797 de 2003, teniendo en cuenta los aportes efectuados durante los últimos 10 años, en la aplicación de una tasa de reemplazo equivalente al 72,03%, la proyección para cuando cumpla la edad antes mencionada sería una mesada pensional de $2.486.187,94; que comparando las simulaciones pensionales de los dos regímenes, se podía evidenciar que la mesada pensional era ostensiblemente superior en el RPM. Agregó, que la suma de las semanas cotizadas al sistema general de pensiones, entre el 15 de junio de 1988, y el 15 de julio de 2022, arroja un total de 1583 semanas cotizadas (30 años, 9 meses y 13 días). Respecto del agotamiento de la reclamación administrativa, indicó que la radicó el 26 de agosto de 2019, con respuesta negativa de Colpensiones al día siguiente.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

El **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** contestó (archivo 08, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante se trasladó del RPM al Fondo Privado de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. el 18 de diciembre de 2003; la fecha de nacimiento y frente a los demás supuestos fácticos dijo no constarle. Como excepciones de mérito propuso la de buena fe y la genérica.

COLPENSIONES contestó (archivo 09, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la accionante nació el 15 de julio de 1965; que en 2022 esta cumplió 57 años; que había agotado la reclamación administrativa y la respuesta negativa. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle. Como excepciones de mérito, propuso las de ***i)*** errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, ***ii)*** descapitalización del sistema pensional, ***iii)*** inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, ***iv)*** prescripción de la acción laboral, ***v)*** caducidad, ***vi)*** inexistencia de causal de nulidad, ***vii)*** saneamiento de la nulidad alegada, ***viii)*** no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y ***ix)*** la innominada o genérica.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contestó (archivo 16, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda, y sobre los hechos manifestó no constarle la edad, la simulación pensional realizada en el RPM, ni la solicitud formulada a Colpensiones. Sobre los demás hechos refirió que no eran ciertos, toda vez que Porvenir S.A. les brinda a sus afiliados una información clara, precisa y veraz, de acuerdo con las disposiciones de la Ley 100 de 1993, que contiene una explicación detallada de las implicaciones del traslado, los requisitos para pensionarse, el funcionamiento del régimen, entre otros.

Aclaró que, la posible diferencia en el monto de la mesada pensional entre uno y otro régimen no constituía un presupuesto legal para poder declarar un supuesto vicio en el consentimiento, ni cualquier eventual irregularidad en la celebración del negocio jurídico suscrito entre las partes, que permitiese invalidarlo.

Formuló como excepciones de fondo, las de ***i)*** prescripción***, ii)*** buena fe, ***iii)*** inexistencia de la obligación, ***iv)*** compensación ***v)*** restituciones mutuas, y ***vi)*** la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 15 de agosto de 2023 (archivos 34 y 35 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

> ***PRIMERO:*** *Declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la señora demandante* ***OLGA VIRGINIA GONZÁLEZ REYES*** *con la* ***AFP PORVENIR*** *el 18 de diciembre del 2003.*
>
> ***SEGUNDO: ORDENAR*** *a* ***PORVENIR*** *a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora demandante* ***OLGA VIRGINIA GONZÁLEZ REYES****, dineros que deben incluir los rendimientos que se generen hasta que se haga efectivo el traslado o la devolución al Régimen de Prima Media con Prestación Definida que administra* ***COLPENSIONES.***
>
> ***TERCERO: ORDENAR a PORVENIR*** *a devolver a* ***COLPENSIONES****, todos los descuentos realizados a los aportes pensionales de la demandante desde diciembre del año 2003 cuando ocurrió el traslado del régimen pensional, tales como 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 judicial, para lo cual se le concede a* ***PORVENIR*** *el termino de treinta (30) días, contados a partir de la notificación auto de obedecimiento al Superior, debe presentar al juzgado un informe discriminando debidamente todos los valores que son objeto de devolución, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes de los valores que son objeto de devolución de los descuentos que se hicieron de los aportes pensionales, el valor de la indexación que se devuelve a* ***COLPENSIONES*** *y toda la 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 su afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la señora demandante desde su afiliación inicial al ISS en 1982.*
>
> ***QUINTO:*** *Dadas las resultas del proceso se declaran no probadas las excepciones propuestas por* ***COLPENSIONES*** *y* ***PORVENIR.***
>
> ***SEXTO:*** *Las costas son a cargo* ***de COLPENSIONES*** *y* ***PORVENIR*** *y a favor de la demandante. Las agencias en derecho se tasan en 2 SMMLV, al momento del pago y a cargo de cada uno de los demandados.*

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; 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 la demandante en 2003, Porvenir S.A. tenía la carga de suministrar una información veraz.

Indicó que, la AFP era quien tenía la carga de acreditar que a la 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 CGP, 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 demostrara que, al momento de efectuar el cambio de régimen en 2003, a la 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. Precisó 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 extraía confesión alguna que demostrara que previo a su traslado se le brindó la correspondiente información.

En lo ateniente a la excepción de descapitalización del sistema, propuesta por Colpensiones, el despacho determinó que no está amenazado el principio de sostenibilidad financiera del RPM con la ineficacia ordenada, por cuanto Porvenir tiene el deber de devolver a Colpensiones todos los valores y rendimientos depositados en la cuenta de ahorro individual, al igual que los descuentos de los aportes pensionales de la demandante en el año 2003, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Bajo este lineamiento, explicó que Colpensiones contará con los recursos económicos para financiar cualquier derecho prestacional de carácter económico que deba pagarle a la demandante. Aclaró que, en todo caso, la entidad quedaba en

libertad de iniciar acciones judiciales o administrativas que correspondan, contra Porvenir, en caso de que algún derecho de la demandante se encuentre desfinanciado.

En cuanto a la compensación alegada por Porvenir, la declaró no probada, toda vez que no se acreditó que la accionante como afiliada, le adeude algo o que se pueda compensar algún tipo de obligación a su cargo, con las obligaciones del Fondo Privado en mención, recordando que la demandante como trabajadora nunca tuvo la administración ni mucho menos la disposición de los recursos desinados en su cuenta de ahorro individual.

Con respecto a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, indicó que este fenómeno no operaba en este tipo de litigios, por tratarse de derechos irrenunciables, de carácter superior de la trabajadora demandante, de acuerdo con la sentencia SL 56174 del 2019 y el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia. Por último, con respecto a las demás excepciones propuestas, dadas las resultas del proceso, las declaró no probadas. Las costas las dijo a cargo de ambas demandadas y a favor de la demandante, de acuerdo con el artículo 365 del CGP.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación a efectos de que se revoque la anterior decisión. Para ello, indicó que la demandante era una persona capaz, consiente, con cualidades académicas y profesionales particularmente altas, que permitían establecer que la decisión que tomó frente a la afiliación al RAIS estuvo precedida de la información necesaria para concluir que el traslado realizado era la opción más viable. En este sentido, citó la aclaración de voto del Magistrado Rigoberto Echeverry Bueno en la SL1352-2019, en la que se indicaba que no podía considerarse que los factores como la desinformación y otras variables, fuesen razones suficientes para considerar que no se suministró la información necesaria para predecir las consecuencias de su futuro pensional.

Advirtió que, la demandante no estaba amparada por el régimen de transición, toda vez que, al haberse trasladado, perdió el mismo y por ese motivo no podía regresar al RPM en cualquier tiempo, debió hacerlo cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir con el requisito de edad para adquirir su derecho a pensión.

Señaló, que el traslado de los aportes se realizó con plena voluntad de la demandante, en consecuencia, no era procedente la nulidad de la afiliación realizada

al RAIS, tampoco la condena a esta administradora a recibir los aportes para activar la afiliación al régimen a su cargo, toda vez que, por decisión propia de la accionante, suscribió los formularios para efectuar dicho cambio, voluntad que se vio ratificada con los casi 20 años que realizó cotizaciones al RAIS.

Respecto al deber de información, resaltó que recaía en cabeza de las administradoras de pensiones, desde el año 1993, con la expedición de la Ley 100 de 1993 y del decreto 663 del mismo año, y que dicho deber se intensificó con la expedición de la Ley 1328 de 2009, en donde el deber de información se convirtió en un deber de asesoría y buen consejo, por lo que no era dable requerir las mismas formalidades en la asesoría previa al traslado desde el momento mismo de la creación del régimen de ahorro individual con solidaridad y darle el mismo alcance que el legislador y la jurisprudencia le ha dado con el transcurso del tiempo; indicó que no era razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstas en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues la exigencia queda desvirtuada con el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso no consistían solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exigía además, como lo expresa el artículo 23 de la Carta Constitucional, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga, el juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes; que no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso a Colpensiones, toda vez que sin haber participado en el trámite de traslado, le impusieron la carga de la prestación.

Por último, indicó que la demandante no hizo uso del derecho a retracto, y que al momento de la afiliación al RAIS, se encontraba frente a una mera expectativa, toda vez que, con base a los hechos y pruebas documentales aportadas, para la fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, la demandante contaba con 28 años de edad y no tenía el requisito de las semanas o el tiempo de servicio para regresar al RPM en cualquier momento.

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación de manera parcial, a efectos de que se revoque el numeral tercero de la sentencia emitida en lo concerniente a la indexación de las sumas a retornar a Colpensiones; arguyó que, dentro de las obligaciones de las AFPs estaba la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, y que ello era excluyente e incompatible con la orden de indexación, con respecto a que los recursos de la cuenta

de ahorro individual de esta demandante podían verse afectados por el fenómeno de la inflación, sin embargo, resaltó que de manera contraria, generaron rendimientos muy superiores a los que podía garantizar el RPM y que en procesos del Tribunal de Cundinamarca, en proceso ordinario laboral, radicado 2021111 y en sentencia del 25 de julio de 2022 con radicado 202264, del Tribunal de Cali, determinaron que el traslado de los rendimientos financieros de los afiliados a Colpensiones, compensaba la depreciación del poder adquisitivo de la moneda.

Dijo que, la orden de indexar cualquier suma de dinero, era sin duda una doble sanción y que con los rendimientos financieros que obtuvo la demandante por la gestión administrativa de esta entidad, a partir del acto jurídico informado que se celebró, se superó esa posible pérdida del poder adquisitivo de los dineros de la afiliada, representados en sus aportes pensionales.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo 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 los aportes realizados por el actor en el RAIS.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la señora Olga Virginia González Reyes nació el 15 de julio de 1965 (f° 26, archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); ***ii)*** que estuvo vinculada al RPM con el ISS desde el 15 de junio de 1988, hasta el 29 de febrero de 2004 (f° 49 a 51, ibid.); y ***iii)*** que el 18 de diciembre de 2003, solicitó ante Porvenir S.A. el traslado al RAIS, el cual se hizo efectivo a partir del 01 de febrero de 2004 (f° 76, archivo 16 ibid.).

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.° 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 actora se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**18 de diciembre de 2003**-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Porvenir 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 Protección suscrito el 18 de diciembre de 2003, de él solo se

advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la actora, 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).

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, cualquier argumento que diga que se les está imponiendo obligaciones que no estaban previstas en el ordenamiento jurídico al momento del traslado, no es acertado, 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, sin que se hubiera demostrado siquiera que el organismo privado hubiese entregado información básica.

Así mismo, tampoco se puede decir, que para la fecha en que la demandante llevó a cabo el traslado al RAIS no le era exigible a la AFPS suministrar la información con el detalle que se requiere, 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*».

Y es que no puede perderse de vista que, el traslado de régimen reviste un aspecto fundamental y trascendental en la vida laboral de cualquier afiliado, por cuanto está de por medio el acceso a un derecho fundamental, con es el de la pensión de vejez, de tal suerte que lo mínimo que podría esperarse por parte de los fondos de pensiones, es que de esa importante decisión existan los registros documentales, fílmicos o de cualquier otra naturaleza probatoria que permitan corroborar que dio a conocer al futuro afiliado todos los pormenores, consecuencias e implicaciones que ese cambio de régimen significaba, así como las características de uno y otro régimen pensional.

De otro lado, del interrogatorio de parte rendido por la actora, advierte la Sala que de este no se desprende confesión alguna en los términos del artículo 191 del CGP, que permita acreditar que la AFP haya dado cumplimiento al deber de información y tampoco se avizoran las supuestas contradicciones que lleven a cuestionar la veracidad de su declaración, pues la demandante, simplemente indicó que, para la fecha en que accedió al traslado, se debió a que el asesor de la AFP de ese momento, luego de que le indicara que el entonces ISS se iba a acabar y que su pensión quedaría frustrada, que el fondo privado le daba seguridad financiera; que antes de cumplir los 47 años, la AFP jamás le comunicó personalmente que podía regresar al RPM; que en el 2019 se acercó a una de las oficinas de la entidad y allí le indicaron que, acorde con la información reportada en la historia laboral, recibiría aproximadamente un salario mínimo, ante lo cual manifestó su inconformidad, pues ni el ente público se acabó, y lo que le aseguraron en el momento del traslado resultó falso; que la AFP Porvenir enviaba extractos de la cuenta de ahorro individual, los cuales ella revisaba, pero allí no se hacía ninguna observación, asesoría o sugerencia sobre el traslado de régimen, sino simplemente las semanas cotizadas y los rendimientos; todo lo cual indica que la pasiva no suministró una debida asesoría o que se hubiese enunciado las implicaciones del acto del traslado, en los términos antes explicados, pues el mero hecho de hacer una mención de las ventajas generales del régimen pensional no es lo que se exige para una verdadera información, sino las particularidades de cada afiliado, que debido a la edad, número de cotizaciones e incluso expectativas, estaba en la obligación el organismo de analizar la situación, y

de ser el caso desaconsejar el traslado, porque se insiste, lo que se requería en el momento del traslado era información precisa para pregonar que hubo libertad en la toma de la decisión, lo cual supone, necesariamente, el conocimiento de las consecuencias positivas y negativas de su acogimiento, y eso no se probó. En este sentido, se considera que no existen supuestas confesiones y contradicciones en la declaración de la actora.

Es más, la publicidad en periódicos que aportó la AFP dirigida de forma general al público, sobre las posibilidades de traslado entre regímenes, entre 2003 y 2004, no es el tipo de información que se requiere para acreditar que cumplió con el deber de información precisa en el momento del traslado y no tiempo después, ya que la jurisprudencia laboral ha señalado que las normas aplicables para la época del traslado exigían a las AFP brindar ilustración sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de ventajas y desventajas de cada régimen pensional, inclusive, por ser ellas las expertas en el aseguramiento de los riesgos pensionales, "(…) *contaban con los soportes técnicos, estadísticos y actuariales para realizar proyecciones del capital que en el tiempo puede acumular el afiliado para acceder a su derecho pensional, teniendo en cuenta las condiciones particulares de cada uno al momento del traslado, como la edad, sexo, nivel de ingreso, persistencia en la cotización, etc; información con que cuenta la AFP por encontrarse registrada en el formulario de afiliación y en la historia laboral del afiliado*" (CSJ SL4322-2022), que en este asunto tampoco está demostrado.

Tampoco las calidades personales y académicas del afiliado tienen la virtud de convalidar la actuación u omisión de la administradora de pensiones, pues tener conocimientos jurídicos o una experticia cultural amplia, no le quita la obligación a la AFP de demostrar que cumplió con el deber de información (CSJ SL3349-2021)

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

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; 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 él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019), de modo que el reparo que sobre el particular formuló la administradora pública no tiene vocación de prosperidad.

Cabe indicar que el alegato de entidad sobre el principio de sostenibilidad financiera del sistema, que tiene rango constitucional, se encuentra desarrollado en la prohibición contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, consiste en que nadie puede trasladarse de régimen si no ha permanecido en el anterior 5 años o si le faltan 10 años o menos para cumplir la edad de pensión, regla que además ha sido declarada exequible en los términos de la Sentencia C-1024 de 2004, por lo que, como se explicó en esa providencia, no es concebible que una persona se traslade del RAIS al RPM faltándole poco para cumplir la edad de pensión, porque ello desfinanciaría el sistema, en cuanto como se explicó allí, esas personas no contribuyeron al fondo común en la misma forma en que lo hicieron los demás y "*no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico";* no obstante, la falta de información en que incurrió la AFP que propició el traslado, y que permite regresar al RPM, se hace con todos los recursos contenidos en la cuenta individual que tenía la

demandante en el RAIS, inclusive, como se dijo, con los rendimientos, gastos de administración y todo lo que apareja haber estado en ese último régimen, y si bien la entidad pública no ha podido tener en consideración el caso de la accionante en sus cálculos actuariales para los actuales y futuros pensionados, aquella no debe cargar con esa responsabilidad, pues el daño lo ocasionó la AFP, de ahí que el organismo esté habilitado para eventualmente demandar perjuicios.

Además, el derecho a la información oportuna, veraz y suficiente que debió entregársele al afiliado en el momento del traslado, no puede cercenarse por una política pública que no controló adecuadamente la actuación de las administradoras de pensiones privadas, que de manera indiscriminada se pusieron en la tarea de captar afiliados, y no asesorar adecuadamente, sin tener en cuenta la relevancia de las garantías en juego, por lo que, si Colpensiones encuentra ahora un desbalance o desequilibrio en sus finanzas, es un asunto estatal que debe remediar, pero sin que ello pueda cargársele al afiliado inerme, ante el desconocimiento de los entes administradores del sistema que no hicieron énfasis en los derechos que también les asistían a los trabajadores.

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.

En consecuencia, se confirmará la decisión en este punto también.

Como las súplicas principales resultaron favorables a la actora, no hay lugar a pronunciarse sobre las subsidiarias relacionadas con el conflicto de multivinculación por el traslado inicial ante el incumplimiento del término mínimo establecido.

DEL COMUNICADO DE PRENSA SOBRE LA SENTENCIA SU-107 DE 2024

El pasado 9 de abril de 2024, la Corte Constitucional emitió un comunicado de prensa sobre la aludida sentencia que tiene como propósito modular el precedente de

la Corte Suprema de Justicia en materia probatoria en procesos ordinarios donde se discute la ineficacia del traslado de afiliados entre los dos regímenes pensionales por problemas de información ocurridos entre 1993 y 2009; no obstante, como a la fecha, la providencia en sí no ha sido publicitada y dada a conocer al público, la Sala considera que dicho comunicado no tiene fuerza vinculante, tal como la misma Corte Constitucional lo explicó en Auto 201 del 2013, así

> *7. Al respecto, esta Sala Especial recuerda que el alcance de los comunicados de prensa es meramente informativo, que no son sentencias y, en esa medida, al no responder a las características propias de las providencias judiciales, no se les confiere fuerza vinculante de ninguna índole. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que:*
>
> > *"el Reglamento Interno de la Corte Constitucional, en el literal c) de su artículo 9º, establece como función del Presidente de la Corporación la de "servir a la Corte de órgano de comunicación", de modo que "sólo él podrá informar oficialmente de los asuntos decididos en Sala Plena" y, precisamente, en ejercicio de esta función, el presidente expide y firma los comunicados de prensa, cuyo carácter es meramente informativo, según lo ha puesto de presente la Corporación al señalar que "son un medio expedito para dar a conocer a los ciudadanos las sentencias que profiere la Corte, pero no reemplazan la decisión misma".*
>
> *8. En esa medida, la Corte ha reconocido la posibilidad de que se presenten variaciones entre el comunicado de prensa y la sentencia "documentada y firmada". Así, atendiendo a las discrepancias que pueden surgir entre uno y otro, de una parte, y a la naturaleza y alcance que diferencian los comunicados de prensa de las providencias judiciales, de la otra, la Corte Constitucional sostuvo que no se le puede otorgar al comunicado "capacidad para afectar la providencia cuya adopción se limita a anunciar", pues "se le conferiría una fuerza vinculante que, fuera de no corresponderle, enervaría la sentencia misma y la vaciaría de su contenido y de su valor".*
>
> *9. Bajo el mismo argumento, esta Sala Especial considera que no se le debe otorgar al comunicado de prensa de una determinada sentencia la capacidad para afectar otra providencia que ya se adoptó y que está en firme (…)* (Subrayado del texto original).

COSTAS

Finalmente, en lo que a la condena en costas refiere, como quiera que el recurso de alzada resultó adversos a las impugnantes, en virtud de lo previsto en el artículo 365 del CGP, se impondrán en segunda instancia a cada una.

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:

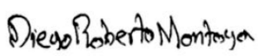
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, el 15 de agosto de 2023, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y la AFP PORVENIR SA.

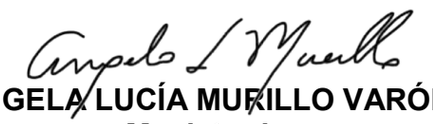
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones y la AFP Porvenir SA, la suma de $1.300.000, para cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	**11001310500720210044 3-01**
CLASE DE PROCESO	**ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE	**NORMA LUCÍA SÁNCHEZ GARCÍA**
DEMANDADOS	- **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** - **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), 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 **NORMA LUCÍA SÁNCHEZ GARCÍA** que se **declare** que se afilió al régimen de pensiones administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales (en adelante ISS), a partir del mes de febrero del año 1992, al cual realizó cotizaciones destinadas a cubrir contingencias de invalidez, vejez y muerte, hasta el mes de junio del 2001**;** que se **declare** que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (en adelante RAIS) a través de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., desde noviembre de 2001, mediante la suscripción del formulario de afiliación a esa entidad privada, al haber sido inducida a error por parte del asesor de esta última; que se **declare** que al momento del traslado computaba 130.43 semanas cotizadas al RPM y que contaba con una expectativa legítima de causar su derecho pensional en ese mismo régimen; que se **declare** que Protección omitió su deber de informar y asesorar de manera suficiente sobre las ventajas y desventajas del traslado de régimen previo a la afiliación al RAIS; que se declare que fue inducida a error por parte de la última, por no haber cumplido con la obligación de haber entregado información clara, veraz y suficiente sobre los efectos del traslado, con lo

cual le causó grave perjuicio frente a las condiciones de causación, exigibilidad y monto de su derecho pensional; que se **declare** que con ocasión del traslado perdió la posibilidad de pensionarse en condiciones más favorables contenidas en el RPM.

Como consecuencia de lo anterior, se **declare** la nulidad del traslado del RPM administrado por el hoy extinto ISS, al RAIS administrado por Protección S.A., realizado en noviembre de 2001; que por efecto de la nulidad se **disponga** que las cosas deben volver a su estado anterior; que se **ordene** su retorno automático al RPM, administrado hoy por Colpensiones; que se ordene a la última a reactivar su afiliación; que se **ordene** a Protección S.A. a devolver todos los valores que hubiere recibido en condición de última administradora del RAIS con motivo de su afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, gastos de administración, así como todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; que se **condene** a las demandadas a todo lo que pueda resultar acreditado ultra y extra petita, al pago de 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 03 de agosto de 1973; que al momento de la presentación de la demanda contaba con 47 años de edad; que en el mes de febrero de 1992 se afilió al RPM; que realizó aportes al ISS y permaneció afiliada a dicho fondo hasta junio de 2001; que acumuló 130.43 semanas en el RPM.

Narró que, en octubre de 2001, asesores de Protección S.A. le ofrecieron la opción de trasladarse al RAIS administrado por esta entidad, asegurándole que dicho fondo contaba con mayores beneficios y garantías frente a su situación pensional; que dicho asesor quien adelantó su traslado, le manifestó que el RAIS le permitiría a las personas que se trasladaran, acceder a una pensión en fecha anterior a la prevista por el entonces ISS, igualmente, una pensión por un valor muy superior al que podrían generar de permanecer en el RPM; que mencionado sujeto le presentó al RAIS como el más beneficioso y la opción más favorable en materia pensional; que dicha persona adelantó su traslado de régimen, y que además conocía sus condiciones laborales para la época, conforme al diligenciamiento del formulario de afiliación conociendo la información contenida, como la edad, salario devengado para ese momento, fecha de afiliación al Sistema Pensional, antigüedad y acumulado de aportes, etc; que se omitió realizar una proyección pensional que acreditara que el RAIS le podría ofrecer condiciones pensionales más favorables.

Manifestó que, el asesor omitió informar, explicar y asesorar de manera clara y puntual al actor sobre la naturaleza del régimen privado de pensiones, menos aún las implicaciones

de su traslado; que tampoco le informó sobre cuál era el capital mínimo requerido para causar una pensión siquiera por el salario mínimo legal en esa época, ni el esfuerzo de aportes que debía asumir para lograr acumular dicho valor atendiendo su nivel de ingresos y su edad para la época del traslado; que sin soporte alguno le manifestó la difícil situación y posible extinción del ISS y la pérdida de su posible derecho pensional en el citado instituto.

Señaló que, ante la errada expectativa generada suscribió el formulario de afiliación con el cual tramitó su traslado de régimen a favor del RAIS a partir de noviembre de 2001 a través de Protección S.A.; que por la información incompleta y engañosa suministrada, tenía la expectativa de adquirir en dicho régimen una pensión de vejez en condiciones más favorables y en oportunidad anterior, en su caso particular; que fue inducida al error por la demandada antes mencionada, toda vez que nunca se le puso de presenta la información clara y suficiente sobre los efectos de su decisión de traslado de régimen, específicamente sobre la expectativa legítima que en ese momento le asistía de que las condiciones previstas en el RPM le fueran aplicadas por resultar más favorables a su situación personal.

Indicó que, el formulario de afiliación suscrito al momento del traslado contenía una manifestación de voluntad preimpresa, referida a la libre escogencia del RAIS, el cual fue firmado de conformidad a la incompleta, parcializada e inconclusa información brindada por los asesores de Protección S.A.; que estos últimos no adelantaron campañas de información, conferencias, encuestas a los potenciales afiliados, menos aún realizaron proyecciones pensionales comparativas o cualquier tipo de acción que pudiera suministrarle elementos suficientes de juicio o valor para optar por uno de los regímenes pensionales, de manera informada y consiente de la decisión de traslado y sus consecuencias, omisiones a su perjuicio.

Expuso que, durante su permanencia como afiliada al RAIS, el fondo omitió realizar cualquier actividad de asesoría, consultoría o cualquier tipo de gestión que le permitiera conocer las reales condiciones en que se causaría su derecho pensional, motivo por el cual mantuvo la falsa expectativa de que dicho régimen era más conveniente; que desde noviembre de 2001 y hasta la fecha, viene realizando cotizaciones de manera ininterrumpida a Protección S.A.

Acotó que, solicitó ante el fondo privado antes citado una proyección pensional referenciada de la estimación de la mesada pensional que percibiría en el RAIS; que en dicha proyección emitida por la entidad, se le indicó que si mantenía una fidelidad de cotización del 100% hasta los 57 años de edad, podría obtener una primera mesada pensional en cuantía de $908.526; que en dicha proyección se obtuvo como resultado que de conformidad con los

aportes realizados y tomando como parámetros de cálculo la edad de 57, y un IBC que se mantenga estable frente al que actualmente venía recibiendo, su primera mesada pensional en el RPM ascendería a la suma de $2.037.524; que con la proyección pensional comparada se podía evidenciar que de la información suministrada al momento de ofrecerle el RAIS estaba errada; que el monto de la mesada pensional en el RPM resultaba mucho más favorable respecto del que obtendría en el régimen privado; que la proyección pensional comparada suministrada por Protección S.A. permitía acreditar el error al cual fue inducida, que la llevó a disponer su traslado de régimen y mantenerse en el RAIS, pese a que las condiciones pensionales en su caso particular eran mucho más ventajosas en el régimen que pertenecía anteriormente. Por último, afirmó que agotó la reclamación administrativa ante las demandadas y que de ello solo Colpensiones contestó negando.

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 fecha de nacimiento de la demandante, afiliación, cotizaciones efectuadas y el acumulado de semanas en el RPM, así como la reclamación presentada ante la entidad y su respuesta; con relación a los demás hechos dijo no constarle.

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

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó (archivo 09, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos, acepto la fecha de nacimiento de la demandante; que, desde noviembre de 2001, la demandante ha cotizado de manera ininterrumpida en esta entidad, la proyección pensional emitida y la solicitud de traslado de régimen de pensiones, solicitada a esta entidad; en cuanto a los restantes manifestó no ser ciertos y no constarle.

Como medios de defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se

declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, 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 y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 8 de agosto de 2023 (archivo 25 y 26, carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

> ***PRIMERO: DECLARAR*** *la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la señora demandante* ***NORMA LUCÍA SÁNCHEZ GARCÍA*** *con* ***la AFP PROTECCIÓN****, mediante formulario No. 5781475 del 13 de JULIO de 2001*
>
> ***SEGUNDO: ORDENAR*** *a* ***PROTECCIÓN*** *a trasladar a* ***COLPENSIONES*** *la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora demandante* ***NORMA LUCIA SÁNCHEZ GARCÍA****, dineros que deben incluir todos los rendimientos que se generen hasta que se haga efectivo el traslado de régimen pensional al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.*
>
> ***TERCERO: ORDENAR*** *a* ***PROTECCIÓN*** *a devolver a Colpensiones todos los descuentos realizados de los aportes pensionales de la demandante desde la fecha del traslado de régimen en el año 2001, tales como 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 judicial, para lo cual se le concede a* ***PROTECCIÓN*** *el termino de treinta (30) días contados a partir de la notificación del auto de obedecimiento al Superior, debe presentar al juzgado un informe discriminando debidamente con todos los valores objeto de devolución, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, descuentos de los aportes que se devuelven, el valor de la indexación que igualmente se devuelve a Colpensiones y toda la 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 su afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la señora demandante desde su afiliación inicial al ISS.*
>
> ***QUINTO:*** *Dadas las resultas del proceso se declaran no probadas las excepciones presentadas por Colpensiones y Protección.*
>
> ***SEXTO:*** *Las costas son a cargo de Colpensiones y Protección. Las agencias en derecho se tasan en favor de la señora demandante en 2 SMMLV, a la fecha del pago y a cargo de cada uno de los demandados.*

Para fundamentar su decisión, sostuvo que los Fondos Privados de Pensiones, desde su fundación, tenían la obligación de suministrar a los usuarios de los servicios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realizaran, de suerte que les permitiera 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 Decreto 663 de 1993 y el Decreto 656 de 1994.

Resaltó 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.

Arguyó que, ese deber de informar no nació a partir de la norma que reformó la Ley 100 de 1993; que respecto a esa evolución normativa del deber de información en cabeza de la AFP, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL1452-2019, aclaró y sintetizo el tema, en tres etapas: ***i)*** deber de información, artículo 13, literal b), artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; encontrándose la AFP en esta etapa al momento en que se efectuó el traslado de la demandante al RAIS, esto es, en el año 1999, por lo que tenía como mínimo el fondo de ilustrar las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales vigentes; ***ii)*** en esta etapa, con la Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010, el legislador introdujo el deber de asesoría y buen consejo; ***iii)*** con la ley 1748 de 2014 y Decreto 2061 de 2015, se introdujo la doble asesoría.

Refirió que, no podía olvidarse que, de acuerdo con lo enseñado por la Corte, el deber de información debió cumplirse desde la preafiliación al sistema y durante su permanencia al fondo privado. De otro lado, señaló que al afirmar la actora que no recibió asesoría al momento del traslado pensional, se estaba frente a un supuesto negativo que debía valorarse frente a lo dispuesto en el artículo 167 del CGP, en cuanto a que las negaciones indefinidas no requerían de prueba, por lo que era obligación de la AFP probar que sí había suministrado la información suficiente, lo cual también tenía asidero con lo señalado en el artículo 1604 del Código Civil.

Precisó que, de las pruebas que fueron arrimadas por las partes al proceso y las que se habían practicado y conforme a lo normado en los artículos 60 y 61 del CPTSS, debía indicarse que en este caso no obraba ningún medio probatorio de convicción que brindará certeza y veracidad suficiente de que Protección al momento de vincular a la demandante al RAIS y como su afiliada desde 2001, le hubiera suministrado información veraz, clara, precisa y detallada respecto a las consecuencias que sería para su futuro pensional la decisión de vincularse a ese fondo privado, situación que constituía una flagrante omisión a su deber de información en los términos legales, debiéndose tener en cuenta que en el curso del proceso no se había aportado ninguna prueba de la información que se le había suministrado a la demandante al momento de su vinculación aparte del formulario de afiliación, lo cual generaba la ineficacia del traslado por falta del deber de información.

En cuanto a las excepciones propuestas por las demandadas, las declaró no probadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación, señalando que se declaró la ineficacia fundamentada en la falta del deber de información que debían brindas las AFP al momento de la inscripción del formulario, pasando por alto, que para la fecha, la normativa aplicable era la ley 100 de 1993, y solo bastaba con la aceptación espontánea, libre y expresa del afiliado para el traslado de régimen, el cual se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación , el cual en este proceso nunca se tachó de falso.

Resaltó que, para la fecha de la suscripción y firma del formulario, no existía la ley 1748 del 2014 ni el decreto 2071 del 2015, con los cuales refirió que nació la obligación de las AFP de una doble asesoría a sus afiliados, pues el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación debió ser valorada bajo la normativa vigente para la fecha de suscripción del formulario de materialización del traslado, en este asunto, la Ley 100 de 1993, toda vez que no era razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras, obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico y legal al momento del traslado de régimen. De esto indicó que se violaba el debido proceso de esta entidad, quien, sin haber participado en el trámite del traslado, fue condenada a afrontar la carga de la prestación, expresó que no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica en torno a que Colpensiones fue un tercero en el presente asunto.

Con respecto a la carga de la prueba, indicó que recaía única y exclusivamente en cabeza de la AFP y en línea con lo señalado por la Corte en sentencias referidas en primera instancia a este tipo de decisiones, se encuentra que hasta el 2016 los fondos privados contaban exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento del afiliado respecto del traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1994 y 2016, no exigía nada diferente el documento de afiliación. De lo anterior, determinó que imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época constituía una situación de carácter imposible.

Resaltó que, la demandante ha permanecido en el RAIS por más de 22 años, por lo que esta entidad resultaba lesionada con la decisión adoptada, en cuanto a la afectación al equilibrio y sostenibilidad financiero del sistema, consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo primero del Acto Legislativo 01 del 2005. Puso presente que el artículo segundo de la Ley 797 de 2003, hizo una prohibición expresa de que el afiliado no podría trasladarse de régimen cuando le faltaran 10 años o menos para cumplir la edad de pensión, esto con el fin de proteger el fondo común por medio del cual

Colpensiones utiliza para pagar las respectivas pensiones a las personas que efectivamente cumplían con los requisitos estipulados en la normativa pensional y así no generar un desequilibrio patrimonial, en el sentido de que los recursos no eran suficientes para pagar las pensiones a su cargo. Lo anterior lo sustentó con las sentencias de la Corte Constitucional, las C1024 del 2004 y C062 del 2010.

Por último, con respecto a la condena en costas, indicó que esta entidad había actuado en estricto cumplimiento del orden legal, de acuerdo con el artículo segundo de la ley 797 de 2003. Aclaró que nada tuvo que ver con la decisión de la demandante con respecto al traslado de régimen, por tanto, aquella fue una decisión autónoma, libre y voluntaria, en ese sentido, no podía ser cargada impositivamente a esta entidad que en nada influenció la decisión de la actora. Solicitó que sea tenido en cuenta el artículo 48 de la Constitución Política en su inciso quinto y el artículo 365, numeral quinto del CGP.

Por otro lado, el **MINISTERIO PÚBLICO** intervino formulando recurso de apelación de manera parcial en contra de la sentencia proferida, en lo ateniente a la condena en costas a cargo de Colpensiones.

Explicó que, quien acudía a un proceso lo hacía ocupando una posición jurídica diferente en razón de los fundamentos fácticos y jurídicos que se le enrostraran; que en el presente asunto Colpensiones acudió al proceso sin que en su contra se le alegara alguna acción u omisión, toda vez que en todo el curso del proceso se alegó que Protección S.A. no cumplió con el deber de información impuesto por los artículos 13 b) y 275 de la Ley 100 de 1993. Por lo anterior, indicó que se trataba de un hecho jurídico imputable a la última, más no a Colpensiones, quien compareció al proceso debido a que hacía parte de la relación jurídica de la seguridad social de afiliación de la demandante, y en ese entendido indicó que se trataba de una entidad que no concurría al proceso como eventual infractora del ordenamiento jurídico, sino como receptora de la infracción llevada a cabo por un tercero, en este caso, la AFP.

Indicó que, conforme al numeral primero del artículo 365 del CGP, no podía atribuirse válidamente que Colpensiones fue una parte vencida en el proceso, en el sentido de que quien perdió al afiliado al sistema de seguridad social en pensiones, fue la AFP Porvenir S.A. y quien recibía al potencial afiliado era la Colpensiones.

Por último, sobre la estabilidad financiera del sistema pensional, indicó que se extendía a toda la infraestructura administrativa que debe disponer el Estado para hacer cargo de las obligaciones pensionales, como en este caso era la obligación presupuestal que tiene esta

entidad para atender las obligaciones que hacen parte de su rol como administradora del RPM. Por todo lo anterior, en esas medidas solicitó revocar parcialmente la sentencia, exonerando a Colpensiones tanto en la primera como en la segunda instancia de la condena en costas.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público y la demandada 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 la demandante a través de la AFP Protección S.A., es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los todos aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la señora NORMA LUCÍA SÁNCHEZ nació el 3 de agosto de 1973 (fº 94, archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); ***ii)*** que realizó cotizaciones para pensión al ISS hoy Colpensiones, entre el 19 de febrero de 1992 y el 31 de agosto de 2001, para un total de 130.43 semanas (fº 52, archivo 09 ibid.); y ***iii)*** que el 13 de julio de 2001 se trasladó al RAIS por intermedio de la AFP Protección S.A., con efectividad, a partir del 1° de septiembre de esa misma anualidad (f° 51, archivo 09, ibid.), además con cotizaciones en ese régimen, a partir de noviembre de 2001 (f° 58, ibid.).

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.° 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 actora se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**13 de julio de 2001**-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Protección suscrito el **13 de julio de 2001**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la actora, 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).

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, cualquier argumento que diga que se les está imponiendo obligaciones que no estaban previstas en el ordenamiento jurídico al momento del traslado, no es acertado, 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, sin que se hubiera demostrado siquiera que el organismo privado hubiese entregado información básica.

Así mismo, tampoco se puede decir, que para la fecha en que la demandante llevó a cabo el traslado al RAIS no le era exigible a la AFPS suministrar la información con el detalle que se requiere, 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*».

Y es que no puede perderse de vista que, el traslado de régimen reviste un aspecto fundamental y trascendental en la vida laboral de cualquier afiliado, por cuanto está de por medio el acceso a un derecho fundamental, con es el de la pensión de vejez, de tal suerte que lo mínimo que podría esperarse por parte de los fondos de pensiones, es que de esa importante decisión existan los registros documentales, fílmicos o de cualquier otra naturaleza probatoria que permitan corroborar que dio a conocer al futuro afiliado todos los pormenores, consecuencias e implicaciones que ese cambio de régimen significaba, así como las características de uno y otro régimen pensional.

De otro lado, del interrogatorio de parte rendido por la actora, advierte la Sala que de este no se desprende confesión alguna en los términos del artículo 191 del CGP, que permita

acreditar que la AFP haya dado cumplimiento al deber de información y tampoco se avizoran las supuestas contradicciones que lleven a cuestionar la veracidad de su declaración, pues la demandante, simplemente indicó que, para la fecha en que accedió al traslado, se debió a una campaña masiva en la entidad para la cual prestaba sus servicios, con la consignada de que el entonces ISS se acabaría, pero sin la posibilidad de dialogar directamente con alguno de los asesores de la AFP y presentarles su caso, por lo que, ante la premura de una posible debacle de la entidad pública, accedió a trasladarse de régimen; que antes de cumplir los 47 años de edad, la AFP jamás le informó de la posibilidad de regresar al RPM, y solo cuando solicitó al organismo una proyección pensional, se dio cuenta de lo desfavorable de su estadía en el RAIS, todo lo cual indica que la pasiva no suministró una debida asesoría o que se hubiese enunciado las implicaciones del acto del traslado, en los términos antes explicados, pues el mero hecho de hacer una mención de las ventajas generales del régimen pensional no es lo que se exige para una verdadera información, sino las particularidades de cada afiliado, que debido a la edad, número de cotizaciones e incluso expectativas, estaba en la obligación el organismo de analizar la situación, y de ser el caso desaconsejar el traslado. En este sentido, se considera que no existen supuestas confesiones y contradicciones en la declaración de la actora.

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 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 cambió 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.

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; 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 él aportados al

RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019), de modo que el reparo que sobre el particular formuló la administradora pública no tiene vocación de prosperidad.

Cabe indicar que el alegato de entidad sobre el principio de sostenibilidad financiera del sistema, que tiene rango constitucional, se encuentra desarrollado en la prohibición contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, consiste en que nadie puede trasladarse de régimen si no ha permanecido en el anterior 5 años o si le faltan 10 años o menos para cumplir la edad de pensión, regla que además ha sido declarada exequible en los términos de la Sentencia C-1024 de 2004, por lo que, como se explicó en esa providencia, no es concebible que una persona se traslade del RAIS al RPM faltándole poco para cumplir la edad de pensión, porque ello desfinanciaría el sistema, en cuanto como se explicó allí, esas personas no contribuyeron al fondo común en la misma forma en que lo hicieron los demás y "*no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico";* no obstante, la falta de información en que incurrió la AFP que propició el traslado, y que permite regresar al RPM, se hace con todos los recursos contenidos en la cuenta individual que tenía la demandante en el RAIS, inclusive, como se dijo, con los rendimientos, gastos de administración y todo lo que apareja haber estado en ese último régimen, y si bien la entidad pública no ha podido tener en consideración el caso de la accionante en sus cálculos actuariales para los actuales y futuros pensionados, aquella no debe cargar con esa responsabilidad, pues el daño lo ocasionó la AFP, de ahí que el organismo esté habilitado para eventualmente demandar perjuicios.

Además, el derecho a la información oportuna, veraz y suficiente que debió entregársele al afiliado en el momento del traslado, no puede cercenarse por una política pública que no controló adecuadamente la actuación de las administradoras de pensiones privadas, que de manera indiscriminada se pusieron en la tarea de captar afiliados, y no asesorar adecuadamente, sin tener en cuenta la relevancia de las garantías en juego, por lo que, si Colpensiones encuentra ahora un desbalance o desequilibrio en sus finanzas, es un asunto estatal que debe remediar, pero sin que ello pueda cargársele al afiliado inerme, ante el desconocimiento de los entes administradores del sistema que no hicieron énfasis en los derechos que también les asistían a los trabajadores.

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.

En consecuencia, se confirmará la decisión en este punto también.

COSTAS

Finalmente, en lo que a la condena en costas refiere, no es viable su revocatoria como lo solicitó Colpensiones y el agente del Ministerio Público, puesto que, a lo largo del proceso la entidad pública ha presentado oposición a las pretensiones de la demanda, incluso, desde el inicio solicitó que no se declarara el derecho en favor de la accionante, pues consideraba que el deber de información se cumplió, lo que al final, como se ha venido explicando en esta parte motiva, no fue acogido.

En ese orden, siendo las costas la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses, no se encuentra cómo pueda dejarse de aplicar la norma que lo regula, siendo que, contrario a lo afirmado por el ente ministerial, Colpensiones resultó vencida, porque ella se opuso fervientemente a las súplicas acorde con sus propios intereses; recuérdese que, la condena en costas atiende un criterio netamente objetivo, en la medida que no se evalúa la conducta de las partes (temeridad o mala fe, ni siquiera si intervino en el acto de traslado en este específico caso), debiendo valorarse únicamente la configuración de cualquiera de las hipótesis previstas por el legislador en la norma transcrita, máxime que éstas son una simple consecuencia procesal del ejercicio de la acción o de la excepción, sin que pueda confundirse los criterios señalados en el numeral 4 del artículo 366 del CGP, que son únicamente para la graduación de las agencias en derecho dentro de los límites máximos y mínimos establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura, más no comportan pautas de exoneración de las costas procesales.

En este orden, al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es viable que Colpensiones asuma el pago de las costas procesales, por tanto, se mantendrá la condena de la primera instancia, e igualmente se impondrán en segunda, como quiera que su recurso de alzada no prosperó, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

DEL COMUNICADO DE PRENSA DE LA SENTENCIA SU-107 DE 2024.

El pasado 9 de abril de 2024, la Corte Constitucional emitió un comunicado de prensa sobre la aludida sentencia que tiene como propósito modular el precedente de la Corte Suprema de Justicia en materia probatoria en procesos ordinarios donde se discute la ineficacia del traslado de afiliados entre los dos regímenes pensionales por problemas de información ocurridos entre 1993 y 2009; no obstante, como a la fecha, la providencia en sí no ha sido publicitada y dada a conocer al público, la Sala considera que dicho comunicado no tiene fuerza vinculante, tal como la misma Corte Constitucional lo explicó en Auto 201 del 2013, así:

> *7. Al respecto, esta Sala Especial recuerda que el alcance de los comunicados de prensa es meramente informativo, que no son sentencias y, en esa medida, al no responder a las características propias de las providencias judiciales, no se les confiere fuerza vinculante de ninguna índole. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que:*
>
> > *"el Reglamento Interno de la Corte Constitucional, en el literal c) de su artículo 9º, establece como función del Presidente de la Corporación la de "servir a la Corte de órgano de comunicación", de modo que "sólo él podrá informar oficialmente de los asuntos decididos en Sala Plena" y, precisamente, en ejercicio de esta función, el presidente expide y firma los comunicados de prensa, cuyo carácter es meramente informativo, según lo ha puesto de presente la Corporación al señalar que "son un medio expedito para dar a conocer a los ciudadanos las sentencias que profiere la Corte, pero no reemplazan la decisión misma".*
>
> *8. En esa medida, la Corte ha reconocido la posibilidad de que se presenten variaciones entre el comunicado de prensa y la sentencia "documentada y firmada". Así, atendiendo a las discrepancias que pueden surgir entre uno y otro, de una parte, y a la naturaleza y alcance que diferencian los comunicados de prensa de las providencias judiciales, de la otra, la Corte Constitucional sostuvo que no se le puede otorgar al comunicado "capacidad para afectar la providencia cuya adopción se limita a anunciar", pues "se le conferiría una fuerza vinculante que, fuera de no corresponderle, enervaría la sentencia misma y la vaciaría de su contenido y de su valor".*
>
> *9. Bajo el mismo argumento, esta Sala Especial considera que no se le debe otorgar al comunicado de prensa de una determinada sentencia la capacidad para afectar otra providencia que ya se adoptó y que está en firme (…)* (Subrayado del texto original).

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:

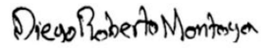
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, el 8 de agosto de 2023, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones, la suma de $1.300.000.



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	11001310500420220022 5-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MARÍA CLAUDIA MÓNICA LONDOÑO BRIGARD
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

En Bogotá D. C. a los veintiséis (26) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), 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, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

La señora **MARÍA CLAUDIA MÓNICA LONDOÑO BRIGARD** pretende que se **declare** que Porvenir S.A., no proporcionó al momento de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), información completa y comprensible acerca de su vinculación, omitiéndole información acerca de los riesgos y desventajas, incumpliendo de esta manera con su deber de buen consejo; que se **declare** que Porvenir S.A. y Skandia S.A. incurrieron en omisión en el deber de información acerca de las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales; como consecuencia de lo anterior, se **declare** que tiene el derecho a trasladarse y estar afiliada al régimen de prima media (en adelante RPM); que se **condene** a Porvenir S.A. y Skandia S.A a hacer efectivo el traslado de todos los aportes efectuados en el RAIS; que se **condene** a Colpensiones a aceptar dichos aportes y a registrarla como su afiliada sin solución de continuidad desde el 30 de

agosto de 2000, a lo que resulte probado ultra y extra petita, al pago de costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f ° 3 a 5 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital) señaló, en síntesis, que nació el 15 de octubre de 1969; que se afilió a la AFP Colpatria, hoy Porvenir S.A. el 30 de agosto de 2000; se encuentra actualmente afiliada a Skandia S.A; el asesor de Colpatria, hoy Porvenir S.A., no le informó que el valor de su mesada pensional sería inferior a la que recibiría en Colpensiones; no le elaboró una proyección sobre el valor de su mesada pensional, tampoco le indicó las desventajas de afiliarse al RAIS.

Señaló que, cumplió los 47 años, el 15 de octubre de 2016, estando afiliada con Porvenir S.A., sin recibir comunicación o asesoría acerca de la oportunidad de afiliarse al RPM hasta antes de cumplir los 47 años, ni de la prohibición legal de efectuar el traslado una vez cumplida esta edad; que actualmente ha cotizado 853.29 semanas al sistema general de pensiones.

Narró que, el 27 de abril de 2022, presentó petición a Porvenir S.A., solicitando la invalidación de la afiliación; que dicha AFP respondió que no contaba con los elementos de juicio suficientes para dejar sin efecto la afiliación; que el 26 de abril de 2022 radicó ante Colpensiones formulario de traslado de régimen; que el ente público respondió que se encontraba dentro de la prohibición de traslado, y que no se encuentra en sus bases de datos ninguna afiliación previa.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. contestó (archivo 07, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda, y sobre los hechos manifestó ser ciertos su actual afiliación con esta AFP, y las semanas cotizadas en el sistema general de pensiones. Sobre los demás hechos refirió que no eran ciertos o no le constaban.

Formuló como excepciones de fondo, las de ***i)*** inexistencia de afiliación previa al régimen de prima media***, ii)*** Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, ***iii)*** la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ***iv)*** inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ***v)*** ausencia de falta al deber de asesoría e información, ***vi)*** los supuestos facticos de este proceso no son iguales o

similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, ***vii)*** prescripción de la acción, ***viii)*** la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración, ***ix)*** buena fe y ***x)*** la genérica.

COLPENSIONES contestó (archivo 08, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la accionante nació el 15 de octubre de 1969; la reclamación presentada, y la respuesta emitida. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle o no ser ciertos.

Como excepciones de mérito, propuso las de ***i)*** la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, ***ii)*** responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, ***iii)*** sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, ***iv)*** el error de derecho no vicia el consentimiento, ***v)*** inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, ***vi)*** buena fe de Colpensiones, ***vii)*** cobro de lo no debido, ***viii)*** falta de causa para pedir, ***ix)*** presunción de legalidad de los actos jurídicos, ***x)*** inexistencia del derecho reclamado, ***xi)*** prescripción, ***xii)*** aplicación de la sentencia SL 373 de 2021 a quienes acrediten un derecho consolidado en el régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), y ***xiii)*** la innominada o genérica.

La **SOCIEDAD 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, y sobre los hechos manifestó ser ciertos la fecha de nacimiento de la demandante, su afiliación el 30 de agosto de 2000, la petición presentada, y su respuesta negativa. Sobre los demás hechos refirió que no eran ciertos o no le constaban. Formuló como excepciones de fondo, las de ***i)*** prescripción***, ii)*** prescripción de la acción de nulidad, ***iii)*** cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y ***iv)*** buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 04 de octubre de 2023 (archivos 22 y 23 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

> ***PRIMERO: ABSOLVER*** *a las demandadas de las pretensiones incoadas, conforme a lo expuesto en la parte motiva.*

***SEGUNDO**: **DECLARAR** probada la excepción de inexistencia de afiliación previa al régimen de prima media propuesta por **SKANDIA S.A.** por lo que queda el despacho relevado del examen de las excepciones propuestas por las demás llamadas a juicio.*

***TERCERO:** SIN COSTAS*

***CUARTO:** CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta en favor de la ACTORA, en caso de que no interponga recurso de apelación, en consecuencia, envíese al Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral.*

Para **Fundamentar su decisión** sostuvo que la demandante solicitó a Colpensiones el traslado del RAIS al RPM; sin embargo, como nunca estuvo afiliada con anterioridad, el traslado solo procedía para las personas que tuvieran menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión. Dicho lo anterior, manifestó que según la línea jurisprudencial que ha trazado la Corte Suprema de Justicia entorno a la ineficacia, está referido al traslado de régimen pensional y no a la ineficacia de la afiliación inicial a un fondo de pensiones, por lo que, de acuerdo con el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema de pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran una vez efectuada la selección inicial, y solo podrán trasladarse de régimen una vez cada 5 años, contados a partir de la selección inicial, y no podrá trasladarse de régimen cuando le falten 10 años o menos para adquirir el derecho a la pensión de vejez.

En consecuencia, concluyó que la actora cuenta con 53 años, nunca estuvo afiliada al RPM y, en ese sentido se tornaría injusto para el sistema y para todos sus afiliados, que se abrieran las puertas para que una persona después de 23 años de estar cotizando al RAIS, solicite la ineficacia de su afiliación, pues lo cierto es que la jurisprudencia trazada por la Corte Suprema de Justicia aplica a aquellos eventos en que el trabajador alguna vez estuvo afiliado al RPM y tomaron la decisión, al parecer equivocada, de trasladarse al RAIS, razón por la cual despachó negativamente las súplicas, por lo cual, declaró probada la excepción de inexistencia de afiliación previa al RPM, y se abstuvo en condenar en costas a la actora.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la **parte demandante** interpuso recurso de apelación a efectos de que se revoque la decisión. Para ello, arguyó que el *a quo* aplicó de forma indebida el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 de la misma norma, donde indica que la afiliación y elección de un régimen pensional se debe dar de manera libre y voluntaria, cumpliendo de esta manera las obligaciones de información y buen

consejo, y en el presente caso las administradoras no cumplieron con dichas obligaciones, por lo tanto, se deben dar las consecuencias jurídicas contenidas en el artículo 271, al impedirle a la demandante elegir la institución del sistema de seguridad social, ya sea un fondo privado o el ISS que administre sus recursos pensionales, de esta forma, se debe declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS.

Explicó que, tampoco se acogieron las normas de carácter internacional, como el artículo 9 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la cual se establecen las condiciones para acogerse a las prestaciones del sistema de seguridad social, las cuales deben se razonables, proporcionadas y transparentes, en el caso objeto de estudio, las administradoras no probaron que cumplieron con sus deberes de información para el momento de la afiliación inicial.

Arguyó que, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 4698 de 2020, ha establecido que, desde la creación del sistema integral de seguridad social en pensiones, en cabeza de las administradoras está el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados de forma clara, precisa y oportuna acerca de las características de cada uno de los regímenes pensionales para que pueda tomar una decisión informada, y no lesionar los derechos de estos. Aunado a lo anterior, manifestó que la actora al momento de entrar en vigor la Ley 100 de 1993 no se encontraba en el país, y al retornar no le explicaron que existían dos regímenes pensionales, tampoco las consecuencias o características de cada uno de ellos.

Finalmente, manifiesta que no se puede olvidar las responsabilidades del profesional como son, el ejercicio de una actividad especializada efectuada de forma habitual, que se realice a título oneroso, y que se trata de una actividad organizada que permite anticipar los riesgos y daños que se puedan causar a terceros, con lo cual es la AFP quien tiene la experticia y cuenta con una competencia especial que le permite estar por encima de una persona que no tenía ni siquiera conocimiento de la existencia de la Ley 100 de 1993.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la parte actora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si es viable declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS, ante la eventual deficiencia en la información suministrada por Porvenir S.A., para una trabajadora, que antes de dicha selección, no se encontraba afiliada al RPM.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la señora **MARIA CLAUDIA MÓNICA LONDOÑO BRIGARD** nació el 15 de octubre de 1969 (f° 3, archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); ***ii)*** que por primera vez se afilió al régimen general de pensiones, el 30 de agosto de 2000, mediante la firma del formulario de afiliación a la AFP Colpatria, hoy Porvenir S.A.; y *iii)* que actualmente se encuentra vinculada con Skandia S.A. (f° 3 ibid.).

Selección inicial de régimen pensional

A la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se estableció la posibilidad de seleccionar cualquiera de los regímenes pensionales contemplados en dicha normatividad, ya fuera el régimen de prima media con prestación definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad; estableciéndose en el literal b) del artículo 13 *ibídem*, que la selección debe ser libre y voluntaria por parte del afiliado, quien podrá manifestar por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Igualmente, tal normatividad contempló en el literal e), lo siguiente:

> *e. <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> <Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez;*

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral de Descongestión, en la sentencia CSJ SL1806-2022, indicó:

> *Ante tal panorama legal, la primera conclusión que surge para la Sala es que esa garantía de escoger régimen pensional es una expresión de la protección del derecho fundamental a la seguridad social, en vista del carácter obligatorio e irrenunciable de este último (artículo 48 de la Constitución Política). También, que resulta relevante para preservar el equilibrio y la articulación del sistema, a la luz del principio de unidad consagrado en el literal e) del artículo 2 de la Ley 100 de 1993.*
>
> *Así las cosas, es claro que las restricciones al libre movimiento entre regímenes pensionales tienen un sustento legal. No de otra manera se explica que el legislador hubiera sido tan explícito al disponer que las personas jurídicas o naturales que impidan o*

atenten en cualquier forma contra el derecho de las personas a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, pueden ser destinatarias de sanciones económicas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación (artículo 271 de la Ley 100 de 1993).

[…]

Entonces, la afiliación es un acto jurídico único dentro de nuestro sistema pensional. Posteriormente, no puede ser desconocida su existencia, como si nunca se hubiera registrado.

Deber de información por parte de las AFP

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.° 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).

En ese orden, no desconoce la Sala que la afiliación al régimen pensional debe provenir de la elección libre, voluntaria y sin presiones del afiliado, ante lo cual, en el mismo sentido que lo ha explicado la jurisprudencia laboral para los casos concretos de traslado, existen unas etapas que han consolidado y reforzado el deber de información (CSJ SL3199-2021), y que en el momento de la afiliación deben hacerse visibles, por lo que, si un trabajador desea pertenecer a un régimen o migrar a otro debe estar precedida de una explicación clara y detallada sobre las ventajas y desventajas de dicho cambio, tal como lo ha sostenido invariablemente la jurisprudencia laboral.

Sin embargo, cumple recordar que la misma jurisprudencia ha establecido que lo que puede invalidarse, cuando las AFPs incumplen en el deber de información, es

el acto de traslado entre regímenes, no la selección inicial, y menos cuando no existe acto previo de afiliación al sistema pensional. De esa forma, no puede aceptarse que la violación del deber de informar afecta directamente la validez del acto jurídico de vinculación al sistema, pues no existe, antes de ese acto ninguna expectativa, aún simple, de consolidar un derecho, en cuanto resulta ilógico hablar, entonces, de nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando este no ha existido.

Así las cosas, no cabe duda que lo que surgió en el presente asunto fue una vinculación inicial o por primera vez al sistema general de pensiones, de manera que no es dable retrotraer la situación de la afiliada al estado en que se hallaba antes de que hiciera aquella elección primigenia, comoquiera que **no existe una situación jurídica anterior que modificar**, ya que no existía afiliación al subsistema pensional del RPM, puesto que fue el **30 de agosto de 2000**, cuando lo hizo por primera vez escogiendo el régimen de ahorro individual, de tal suerte que, si bien a la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A., le era exigible el cumplimiento del deber de información, previo a la afiliación de la demandante, lo cierto es que no resulta atendible la declaratoria de ineficacia de dicho acto jurídico; por lo tanto, lo que podría invalidarse o declarar ineficaz es el traslado, más no la elección que por primera vez se hace al referido sistema. Así se dijo por la Sala de Casación laboral de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1806-2022, en la que sostuvo:

> *[…] la jurisprudencia ha establecido que lo que puede invalidarse es el acto de traslado entre regímenes, **no la selección inicial**, **y menos cuando no existe acto previo de afiliación al sistema pensional**. De esa forma, no puede aceptarse que la violación del deber de informar afecta directamente la validez del acto jurídico de vinculación al sistema, pues no existe, antes de ese acto ninguna expectativa, aún simple, de consolidar un derecho.* (Subrayado y negrillas por fuera del texto original

En la misma providencia, al referirse a la imposibilidad de retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, antes de llevarse a cabo la afiliación inicial al régimen de pensiones, manifestó:

> ***La Sala encuentra acertada la posición del ad quem de negar la ineficacia de la afiliación, pretendida por la señora Ulloa Ulloa, pues ello conllevaría un intento de retrotraer la situación de la afiliada al estado en que se hallaba antes de que hiciera una selección inicial de régimen, cuando, previo a ello, no existía una situación jurídica que modificar, es decir, no hay un acto para invalidar, pues no existe estado previo de registro ante ninguna administradora, porque no había afiliación o vinculación al Sistema General de Pensiones.*** (Negrillas y subrayado fuera del texto original).
>
> *Así las cosas, **si la demandante nunca formó parte del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como está acreditado y no se discute, eliminar la afiliación al RAIS no puede generar el efecto anhelado por la censura, pues no existe ningún vínculo jurídico previo con administradora pensional alguna, ni siquiera anterior a la existencia del sistema pensional vigente, para obligarla a***

recibirla como afiliada, así como a recibir sus cotizaciones hechas ante Protección y Porvenir ni reconocer, eventualmente, las prestaciones propias del sistema *(CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019).* (Negrillas y subrayado fuera del texto original).

Conviene precisar que, si lo pretendido era trasladarse del Régimen de Ahorro Individual al de Prima Media con Prestación Definida por resultarle más favorable, debió hacerlo en la oportunidad que brinda el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 2 la Ley 797 de 2003, es decir, antes del 21 de marzo de 2009, tal y como lo señaló el ad quem.

En tal sentido, se confirmará la decisión de primera instancia, pues lo que se pretende en este caso es dejar sin efectos la afiliación inicial al sistema general de pensiones que se hizo a través del régimen de ahorro individual, lo cual no resulta viable como bien se ha explicado, ello teniendo en cuenta que no existe una situación jurídica anterior que se pueda modificar, esto es, no hay acto jurídico previo con Colpensiones que se pueda restablecer.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante, 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: CONFIRMAR la sentencia apelada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
004 2022 00225 01

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la demandante, la suma de $_____.

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	11001310500120200058201
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	DANIEL SARMIENTO QUINTERO
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS - SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), 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 **DANIEL SARMIENTO QUINTERO** se **declare** la nulidad y/o ineficacia de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), efectuado por Colfondos S.A., el 1° de noviembre de 1997. En consecuencia, se **ordene** su retorno al régimen de prima media (en adelante RPM); que se **condene** a Porvenir S.A., a trasladar los aportes pensionales, como cotizaciones o bonos pensionales, frutos e intereses, gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia; que se **condene** a Colpensiones a recibirlo como si nunca se hubiera trasladado y a actualizar su historia laboral; que se **condene** en costas y a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 2 a 5 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló, en síntesis, que nació el 6 de enero de 1962; que se vinculó al Instituto de Seguros Sociales (en adelante ISS), el 20 de octubre de 1985; que cotizó en el RPM 593 semanas; que el 1° de noviembre de 1997 se trasladó al RAIS, a través de la AFP Colfondos S.A.; que al momento de la vinculación dicha AFP no suministró información veraz y suficiente acerca de los beneficios y desventajas del cambio de régimen pensional; el 1° de diciembre de 2003 se trasladó a Skandia S.A.; está AFP tampoco le suministró información; que el 1° de agosto de 2008 se trasladó a Porvenir S.A.; la cual tampoco le brindó información.

Narró que, presentó reclamación administrativa ante Colpensiones, solicitando su traslado de régimen, la cual fue negada; que presentó petición ante Porvenir S.A., solicitando información acerca de su mesada pensional; dicha AFP le indicó que registra un IBC de $9.606.000 y su mesada pensional correspondería a $2.888.100; que presentó otra petición, solicitando una proyección de los aportes adicionales para obtener una mesada pensional de $5.000.000; que Porvenir S.A. le manifestó que debía efectuar para alcanzar a pensionarse con el valor de la mesada antes referida un acumulado de $525.592.926.

Expuso que, presentó petición ante Skandia S.A. y Colfondos S.A., solicitando los documentos que evidenciaran la asesoría brindada; que Skandia S.A. respondió que la información se realizó de manera directa y personalizada, y que no cuenta con un soporte por escrito de la asesoría, mientras que Colfondos mencionó que el único documento que existe es la copia del formulario de afiliación.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contestó (archivo 09, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, manifestó no constarle o no ser ciertos. Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

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 del demandante, las semanas cotizadas en el RPM, la reclamación administrativa y la respuesta negativa. Frente a los demás hechos,

manifestó no constarle o no ser ciertos. Como excepciones de mérito, propuso las de aplicación del precedente en la sentencia SL373 de 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica.

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. contestó (archivo 11, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, la petición presentada y su respuesta. Frente a los demás hechos, manifestó no constarle o no ser ciertos. Como excepciones de fondo, propuso la 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.

Skandia S.A. llamó en garantía a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., quien contestó (archivo 18, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Como excepciones de mérito, propuso, las decisiones tomadas por el demandante se dieron al amparo del principio de "autonomía de la voluntad", siendo lícitas, válidas y oponibles, y la del reconocimiento oficioso de excepciones.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, contestó (archivo 12, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, la petición presentada, y la respuesta emitida. Frente a los demás hechos, manifestó no constarle o no ser ciertos.

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

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 22 de septiembre de 2023 (archivos 26 y 27 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

> ***PRIMERO: DECLARAR*** *la ineficacia del traslado de Régimen Pensional del demandante señor* ***DANIEL SARMIENTO QUINTERO*** *identificado con C.C. No.79.306.157, a través del fondo administrado por las sociedades demandadas* ***COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, ADMINISTRADORA DE FONDOS***

***DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA S.A.**, conforme lo expuesto en precedencia.*

***SEGUNDO: ORDENAR** a la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES** autorizar el traslado del demandante señor **DANIEL SARMIENTO QUINTERO** identificado con C.C. No. 79.306.157, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladado al RAIS; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.*

***TERCERO: ORDENAR** a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA S.A.**, trasladar con destino a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES** los aportes efectuados por la parte demandante señor **DANIEL SARMIENTO QUINTERO** identificado con C.C. No. 79.306.157 en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, y lo indicado en esta decisión judicial lo que tiene que ver con prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a formar el fondo de garantías mínimas y valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el aquí demandante estuvo afiliado a cada una de las administradoras de fondo de pensiones y cesantías, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por el accionante; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.*

***CUARTO: DECLARAR** que la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES**, puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.*

***QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones formuladas por las demandadas conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.*

***SEXTO: ABSOLVER** a la llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.*

***SÉPTIMO:** Se condena en costas a las demandadas vencidas en esta primera instancia, las cuales serán debidamente tasadas por la Secretaría del Despacho conforme a lo dispuesto en el artículo 365 del CGP aplicable por la integración normativa en virtud del artículo 145 del CPTSS.*

Para fundamentar su decisión, sostuvo que en este caso, no se tacharon ni se desconocieron ninguna de las pruebas documentales aportadas por las partes; que del interrogatorio de parte rendido por el demandante no se extrajo que hubo constreñimiento a la voluntad, se entendió que adoleció la información suficiente en tanto se incumplió con el debido asesoramiento que le permitiera decidir con plena libertad su traslado de régimen; que a su vez, los fondos privados omitieron en su momento el deber de información, en consonancia con el principio de eficiencia que

informa el sistema de seguridad social conforme al literal a del artículo 2 de la Ley 100 de 1993.

Destacó que, sobre el particular la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, entre ellos sentencia CSJ SL 68852-2019 indicó que antes de surtirse el traslado al RAIS, la administradora privada tenía el inexcusable deber de brindar al afiliado información suficiente, clara, comprensible y oportuna, sobre las características de los regímenes pensiones, así como las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba afiliado, por lo cual, no obra un medio de convicción que demuestre el cumplimiento al deber de información, dado que el formulario de afiliación, apenas acredita el consentimiento del actor, pero no que fuese informado.

Con base en lo expuesto, determinó que el traslado del demandante al RAIS le contrajo consecuencias desfavorables, en grave perjuicio de su mínimo vital, como deviene por la insuficiente información que le fue suministrada en su momento por el fondo privado.

Con respecto al retorno de aportes del RAIS al RPM, indicó que, con la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, las demandadas debían trasladar dichos valores a Colpensiones, y en caso de que se generasen diferencias, en relación con las equivalencias, serían los fondos los encargados de asumir el valor que correspondiera. Además de lo anterior, indicó que autorizaría a la última codemandada para que pueda obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del aquí demandante, en montos no previstos y sin la reserva dispuesta para el efecto.

Añadió que, el fondo privado debía devolver a Colpensiones los gastos de administración y las comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, tal como lo indicaban las sentencias de la Corte Suprema de Justica SL4964-2018, SL 1688-2019, SL 2877-2020, SL 4811-2020 y SL 373-2021, con ello los porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades. Lo anterior, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado al fondo privado, en virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial. Explicó, que los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información que lo justifique, aunado a ello, sin que represente una condena adicional, sentenció que los

valores anteriores sean debidamente indexados, con el fin de evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Por las razones expuestas, estimó que era procedente declarar la ineficacia de la afiliación del actor al RAIS y en consecuencia privar de todo efecto práctico el traslado, bajo la ficción jurídica de que el actor siempre estuvo afiliado al RPM.

RECURSO DE APELACIÓN

COLFONDOS S.A. presentó recurso de apelación de manera parcial en contra del numeral tercero de la providencia, solicitando que no se devuelvan los gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, aunado a que tanto los aportes como los rendimientos fueron trasladados a Skandia S.A. por lo cual no hay razón a un devolver estos rubros, de lo contrario se estaría inmerso en una doble condena.

Arguyó que, si se declara la ineficacia del traslado se deja sin efectos la afiliación al RAIS, lo que conlleva a que el acto jurídico nunca salió a la vida jurídica, por lo que no es posible devolver las primas de seguros previsionales ya que desapareció la motivación del interés para cubrir los siniestros de invalidez y muerte.

Expuso que, los gastos de administración no hacen parte de la cuenta de ahorro individual del actor, y que estos rubros son propios y se causan en favor de las AFP, razón por la cual, si se ordene devolver a Colpensiones, se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa y pago de lo no debido en favor del fondo público. Por último, solicitó se revoque la condena en costas, dado que Colfondos S.A. siempre ha actuado de buena fe.

COLPENSIONES presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, solicitando que se revoque en su integridad. Para tal efecto, expresó que la declaración de ineficacia del traslado de régimen conllevaba consecuencias que afectaban el patrimonio de esta entidad, debido a que el demandante no pudo estar exonerada de su deber de ilustrarse frente a la decisión de traslado de régimen de acuerdo con el Decreto 2241 de 2010. Agregó, que el actor tampoco se encontraba disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos, por ello, fue negligente frente a este aspecto. Adujo que, el demandante tampoco hizo uso de los mecanismos legales para dejar sin efecto la afiliación al RAIS, contenidos en el mismo formulario.

En lo que respecta de la sostenibilidad financiera del sistema pensional y el mismo principio constitucional contemplado en el artículo 48, recalcó que el principio de interés general debía primar sobre el interés particular, en el sentido de que la declaración de ineficacia afectaba el patrimonio público, toda vez que el demandante con su ahorro individual no financió las pensiones del RPM. Señaló, que con dicha declaratoria, se estaban vulnerando los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social en pensiones, de acuerdo con la sentencia C1024 del 2004 y la SU062 de 2010.

Sobre las costas, indicó que no estaba de acuerdo con dicha condena, toda vez que esta entidad no tenía responsabilidad alguna de dicha declaración. Manifestó que no intervino en la decisión del traslado del RPM al RAIS, como tampoco es la causante de la declaratoria de ineficacia y que, si bien esta entidad se había negado a aceptar o autorizar el traslado, tanto administrativa como judicialmente, la oposición se ha fundamentado en las normas jurídicas vigentes.

PORVENIR S.A. presentó recurso de apelación de manera parcial contra el numeral tercero de la sentencia proferida. Para lo cual, solicitó no devolver las sumas debidamente indexadas, con cargo a sus propias utilidades, en tanto la indexación es la actualización de la moneda para contrarrestar su devaluación por el transcurso del tiempo; y que dentro de las obligaciones de las AFP esta la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual, por lo que resulta incompatible y excluyente ordenar la indexación, dado que los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante no se han visto afectados por la inflación, y por el contrario han generado rendimientos superiores a los que hubiese generado en el RPM, aunado a que se impondría una doble sanción, por cuanto los rendimientos financieros obtenidos superan con creces cualquier posible pérdida del poder adquisitivo de los dineros del afiliado.

SKANDIA S.A. solicitó que se revoque la sentencia en su totalidad. Para tal efecto, indicó que al declarar la ineficacia del traslado no se pueden dar efectos adicionales a los que la ley contempla, por lo tanto, no se le puede dar el carácter de ley a la jurisprudencia, puesto que la ineficacia se encuentra regulada en el artículo 897 del Código de Comercio y no en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, por ello, frente a la ineficacia se le debe aplicar un rasero distinto a la AFP versus al afiliado, dado que, si bien se acepta que existe una cuenta de ahorro individual, la cual generó rendimientos financieros que se deben trasladar, no ocurre lo mismo con los gastos de administración, los cuales no hacen parte de los recursos pensionales que

financian las prestaciones económicas de los afiliados. Agregó, que el interés del actor por volver al RPM es meramente económico, por lo cual la insatisfacción frente al monto de la mesada pensional no es una causal para declarar la ineficacia del traslado, y que para el momento de dicho acto no se exigía documentación alguna de la asesoría.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por las AFP demandadas y Colpensiones, así como 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 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 el actor en el RAIS.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que el señor **DANIEL SARMIENTO QUINTERO** nació el 5 de enero de 1962 (fº 02 archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); ***ii)*** que se afilió al RAIS el 02 de octubre de 1985 al entonces ISS y efectuó cotizaciones desde dicha época hasta el 31 de agosto de 1997 (f° 44, archivo 10, ibid.); ***iii)*** que el 01 de noviembre de 1997, se trasladó al RAIS administrado por Colfondos SA (f° 50, archivo 02, ibid.), luego firmó formulario de traslado a Porvenir SA, el 30 de octubre de 2003 (f° 17, archivo 02, ibid.), después a Skandia SA, el 29 de octubre de 2007 (f° 56, archivo 02, ibid.), y el 19 de junio de 2008 (f ° 18, archivo 02, ibid.) retornó a Porvenir SA; y ***iv)*** que presentó solicitud de traslado ante Colpensiones y a las AFP los documentos de la asesoría brindada.

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.° 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 actor se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**01 de noviembre de 1997**-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Colfondos 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) ; lo cual confirma la desatención de dicha AFP, dado que en el interrogatorio de parte, el demandante manifestó que al momento de la afiliación se encontraba en su lugar de trabajo y lo abordó un asesor de Colfondos S.A., el cual le indicó que no se sabía la solidez del ISS, en cambio los fondos privados ofrecían un respaldo, aunado a que le indicó que se podía obtener una pensión anticipada, pero no le manifestó que podía hacer aportes voluntarios, así como tampoco le explicó los beneficios y desventajas del RAIS o los requisitos que debería tener para pensionarse.

En efecto, Colfondos S.A., no aportó un solo medio de convicción que demostrara que brindó la información necesaria al afiliado, ahora demandante, previo a su traslado. De hecho, como se advirtió no existió asesoría, y solo esa AFP pretendió acreditar el cumplimiento de dicha obligación únicamente con la suscripción del formulario de afiliación preimpreso, por parte del demandante, y aunque no se requiere prueba solemne para demostrar la ejecución del deber de información, el medio debe ser útil para acreditarlo, pero ni siquiera existe referencia testimonial sobre la supuesta asesoría verbal, sobre todo con las características que se exigen, y no una simple mención de las bondades del régimen.

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP suscrito **en noviembre de 1997**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

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

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

Entonces, como la declaratoria de ineficacia del traslado tiene como sustento el incumplimiento del deber de información en el traslado inicial, al estar afectado el acto jurídico primigenio, los negocios jurídicos que le siguen, adolecen de igual afectación, entre ellos, los traslados que se efectúen a los diversos fondos privados, pues el efecto de la declaratoria de ineficacia es volver al estado anterior, lo que implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el cambio de sistema pensional no hubiera existido jamás.

Ahora bien, la teoría de la afiliación tacita o de los actos de relacionamiento que implican ratificación del afiliado de permanecer en el RAIS que refirió Colpensiones al contestar la demanda, la cual fundamentó en una sentencia de la Sala 4ª Laboral de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia, **no es admisible** porque va en contravía de la jurisprudencia emitida por la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia, que tiene determinado que la validez del traslado de régimen pensional se examina al momento del traslado del RPM al RAIS, por ende, debe evaluarse qué información le fue entregada al potencial afiliado para tomar esa decisión, justo en ese preciso momento o previo a este. Sobre las decisiones tomadas por esa Sala de Descongestión, en sentencia CSJ SL1055-2022, se indicó:

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

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

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

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

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

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 las recurrentes al señalar que 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, la inicial administradora no demostró siquiera que hubiese entregado información básica.

Así mismo, se debe recalcar que para la época de traslado del actor sí era exigible a la AFPS suministrar la información con el detalle que se requiere, 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*».

Y es que no puede perderse de vista que, el traslado de régimen reviste un aspecto fundamental y trascendental en la vida laboral de cualquier afiliado, por cuanto está de por medio el acceso a un derecho fundamental, con es el de la pensión de vejez, de tal suerte que lo mínimo que podría esperarse por parte de los fondos de pensiones, es que de esa importante decisión existan los registros documentales, fílmicos o de cualquier otra naturaleza probatoria que permitan corroborar que dio a conocer al futuro afiliado todos los pormenores, consecuencias e implicaciones que ese cambio de régimen significaba, así como las características de uno y otro régimen 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; 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.

Cabe agregar, que es apenas natural que si el afiliado encuentra que el valor de una futura pensión de vejez se ve reducida en el RAIS, y ello afecta su mínimo vital o expectativa de vida, y no se ajusta a lo que le prometieron en forma equivocada los fondos privados, desee regresar al RPM administrado por Colpensiones, debido precisamente a la falta de información completa, particular y veraz en el momento del traslado, porque seguramente, de haberle expuesto, incluso los puntos negativos, su decisión sería otra. En tal sentido, se descarta lo alegado por la llamada en garantía, al basarse en el interés económico del afiliado como supuesto impedimento para que se declare la ineficacia de traslado.

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 cambió 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.

Dichos valores deben ser indexados, como quiera que, por el transcurso del tiempo, han sufrido perdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta perdida, 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 se despachara desfavorablemente el reparo que al respecto formularon las recurrentes privadas.

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).

Cabe indicar que, el alegato de entidad sobre el principio de sostenibilidad financiera del sistema, que tiene rango constitucional, se encuentra desarrollado en la prohibición contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, consiste en que nadie puede trasladarse de régimen si no ha permanecido en el anterior 5 años o si le faltan 10 años o menos para cumplir la edad de pensión, regla que además ha sido declarada exequible en los términos de la Sentencia C-1024 de 2004, por lo que, como se explicó en esa providencia, no es concebible que una persona se traslade del RAIS al RPM faltándole poco para cumplir la edad de pensión, porque ello desfinanciaría el sistema, en cuanto como se indicó allí, esas personas no contribuyeron al fondo común en la misma forma en que lo hicieron los demás y "*no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico";* no obstante, la falta de información en que incurrió la AFP que propició el traslado, y que permite regresar al RPM, se hace con todos los recursos contenidos en la cuenta individual que tenía la demandante en el RAIS, inclusive, como se dijo, con los rendimientos, gastos de administración y todo lo

que apareja haber estado en ese último régimen, y si bien la entidad pública no ha podido tener en consideración el caso de la accionante en sus cálculos actuariales para los actuales y futuros pensionados, aquella no debe cargar con esa responsabilidad, pues el daño lo ocasionó la AFP, de ahí que el organismo esté habilitado para eventualmente demandar perjuicios.

Además, el derecho a la información oportuna, veraz y suficiente que debió entregársele al afiliado en el momento del traslado, no puede cercenarse por una política pública que no controló adecuadamente la actuación de las administradoras de pensiones privadas, que de manera indiscriminada se pusieron en la tarea de captar afiliados, y no asesorar adecuadamente, sin tener en cuenta la relevancia de las garantías en juego, por lo que, si Colpensiones encuentra ahora un desbalance o desequilibrio en sus finanzas, es un asunto estatal que debe remediar, pero sin que ello pueda cargársele al afiliado inerme, ante el desconocimiento de los entes administradores del sistema que no hicieron énfasis en los derechos que también les asistían a los trabajadores.

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.

En consecuencia, se confirmará la decisión en este punto también.

COMUNICADO DE PRENSA SOBRE LA SENTENCIA SU-107 DE 2024

El pasado 9 de abril de 2024, la Corte Constitucional emitió un comunicado de prensa sobre la aludida sentencia que tiene como propósito modular el precedente de la Corte Suprema de Justicia en materia probatoria en procesos ordinarios donde se discute la ineficacia del traslado de afiliados entre los dos regímenes pensionales por problemas de información ocurridos entre 1993 y 2009; no obstante, como a la fecha, la providencia en sí no ha sido publicitada y dada a conocer al público, la Sala

considera que dicho comunicado no tiene fuerza vinculante, tal como la misma Corte Constitucional lo explicó en Auto 201 del 2013, así

> *7. Al respecto, esta Sala Especial recuerda que el alcance de los comunicados de prensa es meramente informativo, que no son sentencias y, en esa medida, al no responder a las características propias de las providencias judiciales, no se les confiere fuerza vinculante de ninguna índole. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que:*
>
> > *"el Reglamento Interno de la Corte Constitucional, en el literal c) de su artículo 9º, establece como función del Presidente de la Corporación la de "servir a la Corte de órgano de comunicación", de modo que "sólo él podrá informar oficialmente de los asuntos decididos en Sala Plena" y, precisamente, en ejercicio de esta función, el presidente expide y firma los comunicados de prensa, cuyo carácter es meramente informativo, según lo ha puesto de presente la Corporación al señalar que "son un medio expedito para dar a conocer a los ciudadanos las sentencias que profiere la Corte, pero no reemplazan la decisión misma".*
>
> *8. En esa medida, la Corte ha reconocido la posibilidad de que se presenten variaciones entre el comunicado de prensa y la sentencia "documentada y firmada". Así, atendiendo a las discrepancias que pueden surgir entre uno y otro, de una parte, y a la naturaleza y alcance que diferencian los comunicados de prensa de las providencias judiciales, de la otra, la Corte Constitucional sostuvo que no se le puede otorgar al comunicado "capacidad para afectar la providencia cuya adopción se limita a anunciar", pues "se le conferiría una fuerza vinculante que, fuera de no corresponderle, enervaría la sentencia misma y la vaciaría de su contenido y de su valor".*
>
> *9. Bajo el mismo argumento, esta Sala Especial considera que no se le debe otorgar al comunicado de prensa de una determinada sentencia la capacidad para afectar otra providencia que ya se adoptó y que está en firme (…)*
>
> (Subrayado propio).

COSTAS

Finalmente, en lo que a la condena en costas refiere, no es viable su revocatoria como lo solicitó Colpensiones y la AFP Colfondos, puesto que, a lo largo del proceso la entidad pública y dicho fondo han presentado oposición a las pretensiones de la demanda, incluso, desde el inicio solicitaron que no se declarara el derecho en favor de la accionante, pues consideraba que el deber de información se cumplió, lo que al final, como se ha venido explicando en esta parte motiva, no fue acogido.

En ese orden, siendo las costas la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses, no se encuentra cómo pueda dejarse de aplicar la norma que lo regula, siendo que, contrario a lo afirmado por las recurrentes, resultaron vencidas, porque ellas se opusieron fervientemente a las súplicas acorde con sus propios intereses; recuérdese, que la condena en costas atiende un criterio netamente objetivo, en la medida que no

se evalúa la conducta de las partes (temeridad o mala fe, ni siquiera si intervino en el acto de traslado en este específico caso), debiendo valorarse únicamente la configuración de cualquiera de las hipótesis previstas por el legislador en la norma transcrita, máxime que éstas son una simple consecuencia procesal del ejercicio de la acción o de la excepción, sin que pueda confundirse los criterios señalados en el numeral 4 del artículo 366 del CGP, que son únicamente para la graduación de las agencias en derecho dentro de los límites máximos y mínimos establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura, más no comportan pautas de exoneración de las costas procesales.

En este orden, al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es viable que Colpensiones y las AFPs asuman el pago de las costas procesales, por tanto, se mantendrá la condena de la primera instancia, e igualmente se impondrán en segunda, a las recurrentes, 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:

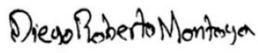
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, el 22 de septiembre de 2023, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de todas las recurrentes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
001 2020 00582 01

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de todas las recurrentes, se fija la suma de $1.300.000 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	11001310500120210013701
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	FABIO ANTONIO TAMAYO SUAREZ
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), 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, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **FABIO ANTONIO TAMAYO SUAREZ** se **declare** la ineficacia de su afiliación a Colmena, hoy Protección S.A., efectuada el 08 de febrero de 1995. Como consecuencia de lo anterior, se **ordene** al fondo demandado a trasladar al actor, junto con todos los valores que hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses, y rendimientos causados, al régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM); **ordenar** a Colpensiones a recibir como afiliado, sin solución de continuidad en e RPM al promotor de la litis; a lo que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 2 a 4 archivo 03, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 30 de junio de 1961; que realizó cotizaciones para pensión al extinto Instituto de Seguros Sociales (en adelante ISS),

entre el 11 de julio de 1985 y el 30 de junio de 1997; que fue trasladado del RPM hacia el régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), mediante formulario que diligenció el 08 de febrero de 1995, con Colmena, hoy Protección S.A.; que dicha AFP no le informó de manera clara y por escrito del derecho a retractarse establecido en el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994; que tampoco le proporcionó una asesoría completa, clara, suficiente, oportuna y veraz, que le permitiera conocer las características, condiciones y riesgos del RAIS, y compararlas con el RPM; que al momento de la afiliación al RAIS los asesores de Colmena, hoy Protección S.A., no se encontraban capacitados para realizar la debida asesoría; que actualmente se encuentra afiliado a la AFP Protección S.A.

Narró que, solicitó a Colpensiones tenerlo como afiliado al RPM, sin solución de continuidad y, en consecuencia, recibir de Protección S.A., el total del capital acumulado por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados; en similares términos, solicitó a Protección S.A., anular la afiliación al RAIS, y trasladarlo al RPM; obteniendo respuesta negativa a su petición por parte de ambas entidades; que Protección S.A., en su escrito de contestación, le realizó una proyección pensional en la que le informó que se pensionaría con una mesada equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, mientras que en el RPM se pensionaría con una mesada por valor de $1.971.033.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN 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 demandante nació el 30 de junio de 1961; que se trasladó de régimen el 08 de febrero de 1995, su afiliación actual con está AFP, la reclamación administrativa, la cual fue negada y la proyección pensional. Frente a los demás, manifestó 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, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación

de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la innominada o genérica.

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 del demandante, las cotizaciones efectuadas en el ISS, su traslado al RAIS, la reclamación administrativa, la cual fue negada. Frente a los demás, manifestó no constarle o no ser ciertos.

Como excepciones de mérito, propuso las de aplicación del precedente en la sentencia SL373-2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y la innominada o genérica.

Como petición especial solicitó, que de no acceder a los planteamientos de la defensa y ante una eventual declaratoria de nulidad y/o ineficacia y condena de aceptar la afiliación del demandante en el RPM sin solución de continuidad, que dicha condena estuviese supeditada al traslado efectivo de la totalidad de los valores consignados en la cuenta de ahorro individual con solidaridad del actor, así como los dineros destinados a seguros previsionales, gastos de administración, rendimientos, fondo de garantía de pensión mínima y fondo de solidaridad pensional de aplicar al caso de la AFP PROTECCIÓN S.A. y cualquier otro fondo donde estuvo afiliado el demandante.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 3 de octubre de 2023 (archivo 12 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

> ***PRIMERO: DECLARAR*** *la ineficacia del traslado de Régimen Pensional del demandante señor FABIO ANTONIO TAMAYO SUÁREZ identificado con C.C. No.19.457.534, a través del fondo administrado por la sociedad demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., conforme lo expuesto en precedencia.*
>
> ***SEGUNDO: ORDENAR*** *a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES autorizar el traslado del demandante señor FABIO ANTONIO TAMAYO SUÁREZ identificado con C.C. No. 19.457.534, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladado al RAIS; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.*

TERCERO: ORDENAR *a PROTECCIÓN S.A., trasladar con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES los aportes efectuados por la parte demandante señor FABIO ANTONIO TAMAYO SUÁREZ identificado con C.C. No. 19.457.534 en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, y lo indicado en esta decisión judicial lo que tiene que ver con prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a formar el fondo de garantías mínimas y valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el aquí demandante estuvo afiliado a cada una de las administradoras de fondo de pensiones y cesantías, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por el accionante; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.*

CUARTO: DECLARAR *que la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.*

QUINTO: DECLARAR *no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.*

SEXTO: *Costas a cargo de las demandadas en la presente instancia.*

Para fundamentar su decisión, sostuvo que, en este caso no se tacharon ni se desconocieron ninguna de las pruebas documentales aportadas por las partes; que del interrogatorio de parte rendido por el demandante se podía extraer que no hubo constreñimiento a la voluntad, pero en todo caso, la decisión no estuvo mediada de la información suficiente en tanto se incumplió con el debido asesoramiento que le permitiera decidir con plena libertad su traslado de régimen; que a su vez el fondo privado omitió en su momento el deber de información, en consonancia con el principio de eficiencia que informa el sistema de seguridad social.

Destacó que, sobre el particular la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, entre ellos sentencia CSJ SL 68852-2019 indicó que antes de surtirse el traslado al RAIS, la administradora privada tenía el inexcusable deber de brindar al afiliado información suficiente, clara, comprensible y oportuna, sobre las características de los regímenes pensiones, así como las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba afiliado, por lo cual, no obra un medio de convicción que demuestre el cumplimiento al deber de información, dado que el formulario de afiliación, apenas acredita el consentimiento del actor, pero no que fuese informado. Con base en lo expuesto, determinó que el traslado del demandante al RAIS le trajo consecuencias desfavorables, en grave perjuicio de su mínimo vital, por la insuficiente información que le fue suministrada en su momento por el fondo privado.

Con respecto al retorno de aportes del RAIS al RPM, indicó que, con la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, Protección S.A. debía trasladar dichos valores a Colpensiones, y en caso de que se generen diferencias, en relación con las equivalencias, el fondo debía asumir el valor pertinente. Indicó, que se autorizaba al fondo público para que pueda obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del aquí demandante, en montos no previstos y sin la reserva dispuesta para el efecto.

Añadió que, el fondo privado debía devolver a Colpensiones los gastos de administración y las comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, tal como lo indicaban las sentencias de la Corte Suprema de Justica SL4964-2018, SL 1688-2019, SL 2877-2020, SL 4811-2020 y SL 373-2021, con ello los porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades. Lo anterior, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado al fondo privado, en virtud del restablecimiento de las cosas a su estado inicial; que los referidos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información que lo justifique, valores que debían ser indexados, con el fin de evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Por las razones expuestas, estimó que era procedente declarar la ineficacia de la afiliación del actor al RAIS y, en consecuencia, privar de todo efecto práctico el traslado, bajo la ficción jurídica de que el actor siempre estuvo afiliado al RPM.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, solicitando que se revocara en su integridad. Para tal efecto, expresó que la declaración de ineficacia del traslado de régimen conllevaba consecuencias que afectaban el patrimonio de esta entidad, debido a que el demandante no se le podía exonerar de su deber de ilustrarse frente a la decisión de traslado de régimen, de acuerdo con el Decreto 2241 de 2010. Agregó que, el actor tampoco se encontraba disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos, por ello se debía concluir que fue negligente frente a este aspecto; que el demandante no hizo uso de los mecanismos legales para dejar sin efecto la afiliación al RAIS, contenidos en el mismo formulario.

En lo que respecta de la sostenibilidad financiera del sistema pensional y el principio constitucional contemplado en el artículo 48 CN, sostuvo que está fincado en el principio de prevalencia del interés general sobre el interés particular, en el sentido de que la declaración de ineficacia afectaba el patrimonio público, toda vez que el demandante con su ahorro individual no financió las pensiones del RPM.

Señalo que, con dicha declaratoria, se estaban vulnerando los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social en pensiones, de acuerdo con la sentencia C-1024 del 2004 y la SU062 de 2010.

Sobre las costas, indicó que no estaba de acuerdo con dicha condena, toda vez que esta entidad no tenía responsabilidad alguna de dicha declaración, pues no intervino en la decisión del traslado del RPM al RAIS, como tampoco es la causante de la declaratoria de ineficacia y que, si bien se negó a aceptar o autorizar el traslado, por la vía administrativa y ahora por la judicial, en ambos escenarios existe una justificación jurídica.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como 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 Colmena, hoy 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 el actor en el RAIS.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que el señor FABIO ANTONIO TAMAYO SUÁREZ nació el 30 de junio de 1961 (fº 02 archivo 03 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); ***ii)*** que realizó cotizaciones para pensión al ISS entre el 11 de julio de 1985 y el 30 de junio de 1997 (fº 02 ibid.); y ***iii)*** que el 08 de febrero de 1995, se trasladó al RAIS por intermedio de la AFP Colmena, hoy Protección S.A. (f° 02 ibid.).

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.° 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 actor se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**08 de febrero de 1995**-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Protección suscrito el **08 de febrero de 1995**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del actor, 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).

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 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, sin que se hubiera demostrado siquiera que el organismo privado hubiese entregado información básica.

Frente al reparo formulado por Colpensiones según el cual para la fecha en que el demandante llevó a cabo el traslado al RAIS no le era exigible a la AFPS suministrar la información con el detalle que se requiere, la 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*».

Y es que no puede perderse de vista que, el traslado de régimen reviste un aspecto fundamental y trascendental en la vida laboral de cualquier afiliado, por cuanto está de por medio el acceso a un derecho fundamental, con es el de la pensión de vejez, de tal suerte que lo mínimo que podría esperarse por parte de los fondos de pensiones, es que de esa importante decisión existan los registros documentales, fílmicos o de cualquier otra naturaleza probatoria que permitan corroborar que dio a conocer al futuro afiliado todos los pormenores, consecuencias e implicaciones que ese cambio de régimen significaba, así como las características de uno y otro régimen pensional.

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 cambió 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.

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; 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 él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019), de modo que el reparo que sobre el particular formuló la administradora pública no tiene vocación de prosperidad.

Además, el derecho a la información oportuna, veraz y suficiente que debió entregársele al afiliado en el momento del traslado, no puede cercenarse por una política pública que no controló adecuadamente la actuación de las administradoras de pensiones privadas, que de manera indiscriminada se pusieron en la tarea de captar afiliados, y no asesorar adecuadamente, sin tener en cuenta la relevancia de las garantías en juego, por lo que, si Colpensiones encuentra ahora un desbalance o desequilibrio en sus finanzas, es un asunto estatal que debe remediar, pero sin que ello pueda cargársele al afiliado inerme, ante el desconocimiento de los entes administradores del sistema que no hicieron énfasis en los derechos que también les asistían a los trabajadores.

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.

En consecuencia, se confirmará la decisión en este punto también.

DEL COMUNICADO DE PRENSA DE LA SENTENCIA SU-107 DE 2024.

El pasado 9 de abril de 2024, la Corte Constitucional emitió un comunicado de prensa sobre la aludida sentencia que tiene como propósito modular el precedente de

la Corte Suprema de Justicia en materia probatoria en procesos ordinarios donde se discute la ineficacia del traslado de afiliados entre los dos regímenes pensionales por problemas de información ocurridos entre 1993 y 2009; no obstante, como a la fecha, la providencia en sí no ha sido publicitada y dada a conocer al público, la Sala considera que dicho comunicado no tiene fuerza vinculante, tal como la misma Corte Constitucional lo explicó en Auto 201 del 2013, así:

> *7. Al respecto, esta Sala Especial recuerda que el alcance de los comunicados de prensa es meramente informativo, que no son sentencias y, en esa medida, al no responder a las características propias de las providencias judiciales, no se les confiere fuerza vinculante de ninguna índole. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que:*
>
> > *"el Reglamento Interno de la Corte Constitucional, en el literal c) de su artículo 9º, establece como función del Presidente de la Corporación la de "servir a la Corte de órgano de comunicación", de modo que "sólo él podrá informar oficialmente de los asuntos decididos en Sala Plena" y, precisamente, en ejercicio de esta función, el presidente expide y firma los comunicados de prensa, cuyo carácter es meramente informativo, según lo ha puesto de presente la Corporación al señalar que "son un medio expedito para dar a conocer a los ciudadanos las sentencias que profiere la Corte, pero no reemplazan la decisión misma".*
>
> *8. En esa medida, la Corte ha reconocido la posibilidad de que se presenten variaciones entre el comunicado de prensa y la sentencia "documentada y firmada". Así, atendiendo a las discrepancias que pueden surgir entre uno y otro, de una parte, y a la naturaleza y alcance que diferencian los comunicados de prensa de las providencias judiciales, de la otra, la Corte Constitucional sostuvo que no se le puede otorgar al comunicado "capacidad para afectar la providencia cuya adopción se limita a anunciar", pues "se le conferiría una fuerza vinculante que, fuera de no corresponderle, enervaría la sentencia misma y la vaciaría de su contenido y de su valor".*
>
> *9. Bajo el mismo argumento, esta Sala Especial considera que no se le debe otorgar al comunicado de prensa de una determinada sentencia la capacidad para afectar otra providencia que ya se adoptó y que está en firme (…)* (Subrayado del texto original).

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, lo cual también aplica para la primera instancia, en cuanto la imposición de este concepto es objetivo y atiende a su posición en el proceso, y si dicha defensa resulta vencida, debe asumir con los costos que para la contraparte implicó el ejercicio de la acción en aras de la satisfacción del derecho.

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:

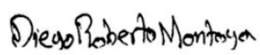
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, el 14 de septiembre de 2023, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

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

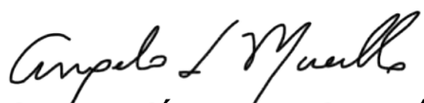
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones, la suma de $1.300.000.



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	**11001310504420230023201**
CLASE DE PROCESO	**ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE	**MARÍA CRISTINA PINEDA CASTELLANOS**
DEMANDADOS	- **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** - **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los Treinta (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), 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, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **María Cristina Pineda Castellanos** se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación o el traslado efectuado del RPM al RAIS, que realizó en el mes de febrero de 1997, con la AFP Porvenir S.A., por existir engaño y falta al deber objetivo de información y se tenga para todos los efectos legales que nunca se trasladó del RAIS; y por lo tanto, que siempre permaneció en el RPM. En consecuencia, se ordene a la AFP Porvenir S.A. a retornar al RPM junto con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, descuentos o sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y con los rendimientos que se hubieren causado, a Colpensiones a recibirlo en el RPM y mantenerla como su afiliada sin solución de continuidad, al pago de costas y agencias en derecho, y a lo que resulte probado ultra y extra petita (f° 4, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital)

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 2 a 3, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que desde el mes de junio de 1988, hasta el

mes de enero de 1997, estuvo afiliada al ISS; que para el mes de febrero de 1997, se trasladó de régimen con la AFP Porvenir S.A. cuando laboraba para la empresa MAXTEL S.A.

Aseguró que, recibió en su sitio de trabajo un asesor del fondo de pensiones Porvenir S.A. donde le brindaron una asesoría y le dieron a conocer el nuevo régimen de pensiones, indicándole que en dicho fondo obtendría mejores condiciones, garantizándole una pensión acorde a sus cotizaciones, con mayores rendimientos, que podía pensionarse a una edad anticipada y que el ISS se iba a liquidar por lo que perdería el tiempo cotizado.

Afirmó que, el asesor había omitido informarle que obtendría derecho a un bono pensional, como se redimía y cuál era su finalidad, no le dijo cuáles eran las modalidades para pensionarse en el RAIS, tampoco le realizó una proyección pensional de acuerdo a su edad y el salario de la época, no le indicó que pasaría con los aportes ahorrados en caso de fallecimiento, no le entregó el plan de pensiones donde se estableciera las diferencias y características de estar en un régimen u otro, no le explicó el retracto que le asistía, entre otros aspectos importantes.

Refirió que, tenía cotizadas 1.103 para el mes de mayo de 2022; que radicó derecho de petición ante Porvenir S.A. el 31 de octubre de 2022, solicitando se declarara la nulidad y/o ineficacia del traslado; que el día 16 de noviembre del mismo año dio respuesta, informando la imposibilidad de acceder a las pretensiones; que igualmente radicó derecho de petición ante Colpensiones el 10 de noviembre de 2022, solicitud que también fue negada.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 07 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la vinculación de la actora en dicho régimen y el agotamiento de la reclamación administrativa; frente a los demás, dijo no constarle por corresponder a terceros. Propuso como excepciones de fondo, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de 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 CN), buena fe, cobro de lo no debido, falta de

causa para pedir, improcedencia de declaratoria de ineficacia de afiliación en los casos de pensionados en el RAIS, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción 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, manifestó no ser ciertos algunos de ellos y no constarle los demás. Propuso como excepciones de fondo, buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS, prescripción y compensación.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 23 de noviembre de 2023 (archivo 16 carpeta 1ª inst, exp. Digital), resolvió:

> ***PRIMERO DECLARAR*** *la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la demandante MARÍA CRISTINA PINEDA CASTELLANOS al régimen de ahorro individual con solidaridad 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. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales que 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: 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, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de MARÍA CRISTINA PINEDA CASTELLANOS, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todos estos debidamente indexados, por las razones expuestas.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir a la señora MARÍA CRISTINA PINEDA CASTELLANOS en el Régimen de Prima Media, como si nunca se hubiese retirado de dicho régimen y a corregir su historia laboral, conforme a las semanas cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual.*
>
> ***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, y como agencias en derecho medio salario mínimo legal mensual vigente.*

Para **fundamentar su decisión**, señaló que existía libertad de escogencia de régimen de conformidad con el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; no

obstante, dicha libertad debía ajustarse a los parámetros de la libertad informada, es decir, la consecuencia del traslado de régimen debía estar precedida de información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables y desfavorables de su decisión, lo cual le permitiera al afiliado o posible afiliado tomar una decisión libre, informada, espontánea y sin presiones, tal como lo había explicado la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3719-2021, lo anterior por cuanto, la falta del deber de información, se predicaba frente a la validez del acto jurídico de traslado considerado en sí mismo como bien se enseñaba en las sentencias SL1452, SL 1688, SL 1689 y SL 4025 de 2021.

Recalcó que, el deber de información iba más allá de una simple comunicación de los efectos de pertenecer a uno u otro régimen, ya que abarcaba la obligación de brindarle al afiliado información completa, clara, integral y oportuna acerca de las características, ventajas y desventajas, condiciones económicas y de funcionamiento del RAIS respecto del régimen de prima media y viceversa. Adicionalmente, en cuanto a la responsabilidad en el cumplimiento de los deberes de información, el artículo 1604 del Código Civil consagraba que la prueba de la diligencia o cuidado en la celebración de los contratos correspondía a quien debió predicarlo, esto es, a las administradoras del fondo de pensiones de quienes provenía la responsabilidad de carácter profesional.

Arguyó que, si bien en el formulario de afiliación aparecía una declaración de voluntad suscrita por la promotora del proceso, lo cierto era que con ese solo hecho, no era posible inferir que la persona conocía los verdaderos efectos que sobre sus derechos pensionales podría tener la decisión de trasladarse de régimen, lo cual no podía considerarse como satisfecho con una simple expresión genérica o por el hecho de que la afiliada no hubiera manifestado en el transcurso del tiempo su inconformidad. Adujo que, el máximo órgano de la jurisdicción Ordinario Laboral, había explicado que ese deber de información había cobrado mayor exigencia con el paso de los años, y que para ello se habían identificado tres períodos, así: ***i)*** desde 1993, hasta el año 2009, ***ii)*** desde 2009, hasta 2014, y ***iii)*** el último de 2014, en adelante.

Mencionó que, teniendo en cuenta que la accionante se había trasladado al régimen de ahorro Individual con Solidaridad el 5 de diciembre de 1996, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo; consideró que en el presente asunto Provenir no había atendido la carga de la prueba según los lineamientos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, por lo cual se

declaraba la ineficacia del traslado, en consecuencia accedía a las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. argumentó su recurso solicitando se tenga en cuenta el concepto del 17 de enero de 2020, emitido por la Superintendencia Financiera en el que se señala que en los casos en que procede la nulidad o la ineficacia de traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y los rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución de prima de seguro previsional, ni los gastos de administración, igualmente, se debe tener en cuenta para dicho efecto el artículo 113 de la ley 100 de 1993, que establece cuáles son los dineros a trasladar cuando existe un cambio de régimen.

Acotó que, los gastos de administración correspondían a un descuento que se realizaba por disposición legal y el cual también se causa en el régimen de prima media, emolumento que no está designado para financiar la prestación del afiliado y que, por ende, no le pertenece a él, sino al fondo privado en contraprestación a la gestión que adelantó para incrementar el monto de su cuenta de ahorro individual. En cuanto a los seguros previsionales, resaltó que también correspondía a un descuento legal, el cual se consigna a una aseguradora para que los afiliados estén cubiertos frente a los riesgos de vejez y muerte; que si bien en el presente caso no fue necesario afectar las pólizas que se constituyeron en dichas aseguradoras, la actora sí estuvo cubierta frente a dichos riesgos durante el tiempo que se encontró afiliada a Porvenir.

De otro lado, señaló que se encontraba inconforme en cuanto a que las sumas a devolver fueran indexadas, en virtud de que la jurisprudencia ha señalado que la indexación es una figura jurídica que tiene como finalidad la actualización de la moneda y lo que busca es contrarrestar su devaluación a raíz del transcurso del tiempo; sin embargo, en el presente caso teniendo en cuenta que una de las obligaciones que debe cumplir la AFP es la de garantizar la rentabilidad mínima, se entiende que la cuenta de ahorro individual de la demandante no sufrió una pérdida de valor adquisitivo del dinero; por lo tanto, sería incompatible o excluyente ordenar la indexación, por el contrario, se han generado rendimientos muy superiores a los que se hubiere generado en el régimen de prima media, por lo que ordenarle a Porvenir que indexe cualquier suma de dinero sería imponerle una doble sanción.

COLPENSIONES solicitó se revoque en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado de primera instancia, frente a lo cual se tenga en cuenta que el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, determinó la posibilidad de que el afiliado se traslade de régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial; no obstante, por razones financieras y de estabilidad del sistema pensional, esta misma norma limitó este derecho cuando al afiliado le faltaren diez años o menos para alcanzar la pensión, salvo aquellos afiliados que hubiesen cotizado 15 años a la entrada en vigencia al sistema general de pensiones, es decir, para aquellos afiliados beneficiarios del régimen de transición, esta limitación se justifica en las adiciones efectuadas en el Acto legislativo 01 de 2005 y del artículo 48 de la CN; así las cosas, todas las actuaciones de Colpensiones deben estar encaminadas siempre al cumplimiento del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema.

Expuso que, en el caso de la demandante no era beneficiaria del régimen de transición para que procediera su traslado en cualquier tiempo, como lo había señalado la Corte Constitucional en sentencias de C 789 de 2002, 1024 de 2004, SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, toda vez que a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones tenía un aproximado de 230 semanas cotizadas, en razón a ello cuando realizó la solicitud de traslado ya se encontraba inmersa en la prohibición establecida en la norma.

Requirió que, se tuviera en cuenta lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia SU 062 de 2010, en relación al estudio de rentabilidad por medio del cual estableció que el cálculo de rentabilidad es una operación tendiente a determinar si el afiliado que se debe trasladar al régimen de ahorro individual, al régimen de prima media y que le falten menos de diez años para pensionarse cumple con el requisito de ahorro realizado, ya que no debe ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente, en caso de que hubiese permanecido en el régimen de prima media.

Por último, solicitó se tuviera en cuenta el principio de relatividad jurídica, en consideración de que Colpensiones es un tercero en el acto jurídico celebrado entre la demandante y el fondo privado, y estos actos jurídicos tienen efectos Inter partes, por lo cual, independiente de la decisión adoptada, Colpensiones no puede verse ni favorecida ni perjudicada.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver los recursos de apelación presentados 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 S.A. es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por la promotora del litigio en el RAIS, junto con los gastos de administración y demás deducciones.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la señora María Cristina Pineda Castellanos nació el 4 de julio de 1968; ***ii)*** que se afilió al ISS donde aportó desde el 17/06/1988, hasta el 31/01/1997, un total de 332,86 semanas; ***iii)*** que el **5 de diciembre de 1996**, se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., en donde permanece afiliada en la actualidad; lo anterior, tal y como se desprende de la carpeta 08 y los archivos 01 y 11 de 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.° del artículo 97, la obligación de las

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

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

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

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

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

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

con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**5 de diciembre 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 suscrito el **5 de diciembre 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.

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

de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado» (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

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

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

Ahora bien, la teoría de la afiliación tacita o de los actos de relacionamiento que implican ratificación del afiliado de permanecer en el RAIS y del cual se hizo relación en la sentencia de la Sala 4ª Laboral de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia, **no es admisible** porque va en contravía de la jurisprudencia emitida por la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia, que tiene determinado que la validez del traslado de régimen pensional se examina al momento del traslado del RPM al RAIS, por ende, debe evaluarse qué información le fue entregada al potencial afiliado para tomar esa decisión, justo en ese preciso momento o previo a este. Sobre las decisiones tomadas por esa Sala de Descongestión, en sentencia CSJ SL1055-2022, se indicó:

> *Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.*
>
> *Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión.* ***En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores***

dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad. (Negrillas fuera del texto original).

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

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

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

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 y Porvenir al señalar que 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.

Debe tenerse en cuenta que, 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*».

Y es que no puede perderse de vista que, el traslado de régimen reviste un aspecto fundamental y trascendental en la vida laboral de cualquier afiliado, por cuanto está de por medio el acceso a un derecho fundamental, como es el de la pensión de vejez, de tal suerte que lo mínimo que podría esperarse por parte de los fondos de pensiones, es que de esa importante decisión existan los registros documentales, fílmicos o de cualquier otra naturaleza probatoria que permitan corroborar que dio a conocer al futuro afiliado todos los pormenores, consecuencias e implicaciones que ese cambio de régimen significaba, así como las características de uno y otro régimen 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; 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 cambió 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). Al respecto, se observa que el Juzgador dio la orden de reembolso en los términos previamente establecidos, entendiéndose que una vez los fondos privados trasladen los emolumentos enunciados a Colpensiones, dicha entidad deberá dar trámite a las obligaciones objeto de condenada, por lo que se confirmará integralmente su decisión.

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; 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 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 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).

DEL COMUNICADO DE PRENSA DE LA SENTENCIA SU-107 DE 2024.

El pasado 9 de abril de 2024, la Corte Constitucional emitió un comunicado de prensa sobre la aludida sentencia que tiene como propósito modular el precedente de la Corte Suprema de Justicia en materia probatoria en procesos ordinarios donde se discute la ineficacia del traslado de afiliados entre los dos regímenes pensionales por problemas de información ocurridos entre 1993 y 2009; no obstante, como a la fecha, la providencia en sí no ha sido publicitada y dada a conocer al público, la Sala considera que dicho comunicado no tiene fuerza vinculante, tal como la misma Corte Constitucional lo explicó en Auto 201 del 2013, así:

> *7. Al respecto, esta Sala Especial recuerda que el alcance de los comunicados de prensa es meramente informativo, que no son sentencias y, en esa medida, al no responder a las características propias de las providencias judiciales, no se les confiere fuerza vinculante de ninguna índole. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que:*
>
> > *"el Reglamento Interno de la Corte Constitucional, en el literal c) de su artículo 9º, establece como función del Presidente de la Corporación la de "servir a la Corte de órgano de comunicación", de modo que "sólo él podrá informar oficialmente de los asuntos decididos en Sala Plena" y, precisamente, en ejercicio de esta función, el presidente expide y firma los comunicados de prensa, cuyo carácter es meramente informativo, según lo ha puesto de presente la Corporación al señalar que "son un medio expedito para dar a conocer a los ciudadanos las sentencias que profiere la Corte, pero no reemplazan la decisión misma".*
>
> *8. En esa medida, la Corte ha reconocido la posibilidad de que se presenten variaciones entre el comunicado de prensa y la sentencia "documentada y firmada". Así, atendiendo a las discrepancias que pueden surgir entre uno y otro, de una parte, y a la naturaleza y alcance que diferencian los comunicados de prensa de las providencias judiciales, de la otra, la Corte Constitucional sostuvo que no se le puede otorgar al comunicado "capacidad para afectar la providencia cuya adopción se limita a anunciar", pues "se le conferiría una fuerza vinculante que, fuera de no corresponderle, enervaría la sentencia misma y la vaciaría de su contenido y de su valor".*
>
> *9. Bajo el mismo argumento, esta Sala Especial considera que no se le debe otorgar al comunicado de prensa de una determinada sentencia la capacidad para afectar otra providencia que ya se adoptó y que está en firme (…)* (Subrayado del texto original).

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir, la suma de $1.300.000 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	**11001310504620230013701**
CLASE DE PROCESO	**ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE	**MARÍA DEL ROSARIO SÁENZ RODRÍGUEZ**
DEMANDADOS	- **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** - **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los Treinta (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), 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, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **María del Rosario Sáenz Rodríguez** se declare que su vinculación a la AFP Porvenir S.A. se produjo con engaños y publicidad que no correspondía a la realidad; por consiguiente, se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen efectuado el 1 de enero de 1995. En consecuencia, se condene a la AFP Porvenir a devolver y entregar a Colpensiones los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es con los rendimientos que se hubieran causado desde el 1 de enero de 1995, hasta que se haga efectivo el retorno de régimen, a Colpensiones a aceptar y recibir el valor de las cotizaciones; que se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

De manera subsidiaria, solicitó que se declare que Porvenir S.A. era responsable de los daños plenos consolidados y ordinarios causados en virtud del

engaño del cual fue víctima, y por el cual se dio el traslado. En consecuencia, se pague a título de indemnización, lucro cesante futuro debidamente indexado y daños morales (f° 2 a 4, archivo 02, carpeta 1ª inst. exp. digital)

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 4 a 8, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 9 de julio de 1966; que inició su vida laboral y efectuó cotizaciones a pensión desde el 21 de abril de 1986, a través del ISS; que el 1 de enero de 1995, se trasladó a la AFP Porvenir S.A. y después se trasladó a Horizonte Pensiones y Cesantías el 30 de junio de 1995, entidad que fue absorbida por Porvenir S.A.

Narró que, al momento del traslado la AFP Porvenir S.A. le ofreció el beneficio de pensionarse a más temprana edad y le indicó que el ISS iba a ser liquidado y por ello sus aportes se encontrarían en riesgo; que dicho fondo le aseguró que con ellos obtendría una mejor mesada pensional, pero no le manifestó el monto del capital requerido para obtener una pensión en renta vitalicia y en retiro programado, no le dijo que tendría derecho a una pensión siempre y cuando reuniera el capital suficiente para financiar una pensión del 110% del salario mínimo, que para reunir ese monto debía cotizar por lo menos 5 SMLMV, no le presentaron proyección alguna comparada con el RPM, entre otros aspectos importantes que se omitieron.

Refirió que, el formulario de afiliación firmado no presentaba información suficiente, clara y concisa que le permitiera tomar la mejor decisión respecto de su perspectiva pensional; que conforme a lo anterior, existía un nexo causal entre las conductas lesivas y engañosas efectuadas por Porvenir S.A., frente a los cuales había perdido su expectativa de poder consolidar una pensión más beneficiosa en el RPM que le garantizará una mejor calidad de su vejez.

Sostuvo que, mediante radicado número 2023_2302222 el día 13 de febrero de 2023, había solicitado la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual, y por ende su retorno a RPM, ante Colpensiones; que a través de comunicado del 13 de febrero de 2023, dicha entidad rechazó su solicitud; que el día 13 de febrero de 2023, elevó petición ante Porvenir; sin embargo, la mencionada entidad no había otorgado respuesta completa; que para el mes de marzo de 2023, contaba con 1.801 semanas de cotización.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 10 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, su afiliación ante dicha entidad, el traslado que efectuó ante el RAIS por medio de la AFP Porvenir, traslado horizontal que hizo con Horizonte Pensiones y Cesantías y el agotamiento de la reclamación administrativa; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero y no ser ciertos en la forma en como estaba redactado. Propuso como excepciones de fondo, las de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373-2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho, innominada o genérica y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

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 la fecha de nacimiento de la actora, data en que se efectuó el traslado al RAIS, su vinculación a Horizonte Pensiones y Cesantías, la no proyección de la mesada pensional para el momento del traslado, debido a que no tenía la obligación de hacerlo de acuerdo a la normatividad vigente, solicitud de nulidad de la afiliación al RAIS, aportes pensionales que tenía para el mes de marzo de 2023 y petición que se elevó ante dicha entidad. Propuso como excepciones de fondo, prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 16 de noviembre de 2023 (archivo 23 carpeta 1ª inst, exp. Digital), resolvió:

> ***PRIMERO**: **DECLARAR** la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por MARÍA DEL ROSARIO SÁENZ RODRÍGUEZ con destino a la AFP Porvenir S.A. el 3 de noviembre de 1994, con efectividad a partir del 1° de diciembre de ese mismo año; de acuerdo con las consideraciones de esta decisión.*
>
> ***SEGUNDO**: **ORDENAR** a la AFP Porvenir SA el traslado de todos los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante por concepto de cotizaciones con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos últimos tres rubros debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo de*

permanencia de la actora en esa AFP. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique. Para lo cual, se le concederá un plazo de 30 días a la AFP Porvenir S.A., contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

***TERCERO: CONDENAR** a COLPENSIONES a recibir los valores referidos en el ordinal anterior y a mantener la afiliación de MARÍA DEL ROSARIO SÁENZ RODRÍGUEZ como si no se hubiera realizado el traslado de régimen pensional, debiendo actualizar su historia laboral.*

***CUARTO: DECLARAR** NO PROBADAS las excepciones propuestas.*

QUINTO: CONDENAR** en costas de esta instancia a Colpensiones y a la AFP Porvenir SA. Inclúyase como agencias en derecho el equivalente a un smlmv a cargo de cada una de ellas y a favor de la demandante.**

Para **fundamentar su decisión**, señaló que no existía discusión entre las partes el traslado de régimen pensional que había tenido lugar el 3 de noviembre de 1994, tal y como se extraía del certificado emitido por la AFP Porvenir S.A. Arguyó que, en este tipo de asuntos era la AFP demandada quien tenía la carga de probar que efectivamente a la afiliada se le había dado toda la información veraz, pertinente y suficiente de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, de acuerdo a lo enseñado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, frente a lo cual no era necesario contar con una expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen.

Paso seguido, hizo relación al interrogatorio de parte rendido por la actora, frente al cual consideró que no se había obtenido ninguna confesión, afirmó que, no obraba ningún medio de convicción que demostrara que efectivamente la AFP Porvenir S.A. al momento de acoger como afiliada a la demandante le hubiera suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituía en una omisión de su deber de información en los términos señalados en la jurisprudencia, por lo cual se concluía que por su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente sobre el riesgo y las eventualidades que influían en el cumplimiento de la obligación pensional, por lo cual debía declararse ineficaz el traslado de régimen al RAIS.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES argumentó su recurso indicando que, la actuación que conllevaba a la declaratoria de ineficacia del traslado no era acertada, teniendo en cuenta que la entidad en ningún momento había participado en el trámite administrativo que llevó a la demandante al trasladarse al RAIS; por lo tanto, la carga dinámica de la prueba no podía ser aplicada en forma genérica, ya que de acuerdo con el artículo 167 del CGP, le incumbía a las partes probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas perseguían, aunado a que no podía desconocerse las situaciones que rodeaban cada caso y que de alguna manera le permitían a la demandante obtener información mínima durante el paso del tiempo, frente a lo cual la Corte Constitucional en sentencia T 122 -2007, había señalado que nadie podía alegar su propia culpa a favor.

PORVENIR S.A. sustentó su recurso manifestando que, si bien existía un precedente jurisprudencial, la misma también refería que no podía aplicarse de manera genérica a todos los procesos en donde se solicitaba la nulidad o ineficacia del traslado por incumplimiento del deber de información, consideró que en el presente asunto no se encontraban los mismos fundamentos fácticos, teniendo en cuenta que la demandante había realizado válidamente su afiliación a la entidad y la misma había sido de manera voluntaria, sin presiones e informada, de conformidad con la normatividad vigente para el momento del traslado y que no exigía una información en los términos en que fueron reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia.

Agregó que, las condiciones, características, ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual se encontraban establecidas en la Ley 100 de 1993, por lo que la actora había podido validar en cualquier momento el contenido de la información otorgada, en ese sentido, no existían razones fácticas o jurídicas que condujeran a la declaratoria de ineficacia del acto jurídico por medio del cual la señora María del Rosario Sáenz se afilió al RAIS, reiterando que la decisión tomada se hizo de forma consciente y espontánea, sin presiones, sin apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en la que se produjo y además se había suscrito un formulario de solicitud, el cual cumplía con los requisitos de ley y aprobado por la Superintendencia Bancaria.

De otro lado, señaló que en relación con los rendimientos al declararse la ineficacia el traslado el efecto natural implicaba que los recursos que se trasladen como rendimientos debían corresponder a los que se generaron en las reservas de

Colpensiones y no a los que se habían generado en el RAIS, ya que no tenía sentido que si el traslado no surtió efectos, se ordenara a devolver los rendimientos propios del régimen, y en caso contrario, por efecto de las restituciones mutuas, al trasladar los frutos generados por el régimen del cual se predicó que nunca existió el afiliado, debían reconocerse los gastos en que se incurrió para poder administrar el pago de dichos aportes que se entendían realizados.

Adujo que, tampoco era procedente que debiera restituir sumas que pagó por concepto de primas de seguros previsionales, por cuanto ya no estaban en su poder, sino en el de la compañía aseguradora; que la devolución de los gastos de administración resultaba improcedente, porque de conformidad con lo conceptuado por la Superintendencia Financiera de Colombia solo era procedente trasladar los conceptos señalados en el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008.

Solicitó que, también se revocara la decisión de primera instancia relativa a la indexación de los valores objetos de la condena, en la medida que igualmente se había dispuesto la devolución de rendimientos del capital que se encontrara en la cuenta individual de la demandante, pues como bien lo había señalado el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, no es viable ordenar la indexación toda vez que con el traslado de los rendimientos financieros se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda.

Finalmente, indicó que en relación al traslado de la sumas de dinero con destino al fondo de garantía de pensión mínima, no existía ninguna razón de orden jurídico, de lo contrario, se tenía que los efectos jurídicos de la ineficacia consistía particularmente en devolver las cosas al estado que se hallaban antes de que se produjera el acto ineficaz, por lo cual no existían ningún motivo que justificara que esas sumas que no estaban en su poder fueran remitidas con cargo de sus propios recursos, pues ello equivaldría a una sanción injustificada y que no guardaba ninguna correspondencia con los efectos jurídicos de una ineficacia, ni mucho menos con las restituciones que de ello puedan derivarse, como lo ha entendido la Sala de Consulta de Servicio Civil del Consejo de Estado en la consulta del 3 de agosto de 2022.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver los recursos de apelación presentados 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 S.A. es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por la promotora del litigio en el RAIS, junto con los gastos de administración y demás deducciones.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la señora María del Rosario Sáenz Rodríguez nació el 9 de julio de 1966; ***ii)*** que se afilió al ISS donde aportó desde el 21/04/1986, hasta el 31/12/1994, un total de 439,43 semanas; ***iii)*** que el **3 de noviembre de 1994**, en se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., cuando suscribió el formulario de afiliación; y ***iv)*** que luego, se afilió a la AFP Horizonte pensiones y cesantías hoy Porvenir S.A. el 30 de junio de 1995, en donde permanece afiliada en la actualidad; lo anterior, tal y como se desprende de los archivos 11 y 14, 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.° del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita,*

a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «*poder tomar decisiones informadas»*.

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**3 de noviembre de 1994**-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP suscrito el **3 de noviembre 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, o porque le realizaron una reasesoría, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

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

Ahora bien, la teoría de la afiliación tacita o de los actos de relacionamiento que implican ratificación del afiliado de permanecer en el RAIS y del cual se hizo relación en la sentencia de la Sala 4ª Laboral de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia, **no es admisible** porque va en contravía de la jurisprudencia emitida por la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia, que tiene determinado que la validez del traslado de régimen pensional se examina al momento del traslado del RPM al RAIS, por ende, debe evaluarse qué información le fue entregada al potencial afiliado para tomar esa decisión, justo en ese preciso momento o previo a este. Sobre las decisiones tomadas por esa Sala de Descongestión, en sentencia CSJ SL1055-2022, se indicó:

> *Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.*
>
> *Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión.* ***En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad****.* (Negrillas fuera del texto original).
>
> ***De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar***

> ***la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial***. (Negrillas fuera del texto original).
>
> *Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.*
>
> *Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.*

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 y Porvenir al señalar que 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.

Frente al reparo formulado por Porvenir según el cual para la fecha en que la demandante llevó a cabo el traslado al RAIS no le era exigible a la AFPS suministrar la información con el detalle que se requiere, la 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*».

Y es que no puede perderse de vista que, el traslado de régimen reviste un aspecto fundamental y trascendental en la vida laboral de cualquier afiliado, por cuanto está de por medio el acceso a un derecho fundamental, como es el de la pensión de vejez, de tal suerte que lo mínimo que podría esperarse por parte de los fondos de pensiones, es que de esa importante decisión existan los registros documentales, fílmicos o de cualquier otra naturaleza probatoria que permitan corroborar que dio a conocer al futuro afiliado todos los pormenores, consecuencias e implicaciones que ese cambio de régimen significaba, así como las características de uno y otro régimen 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; 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.

De otra parte, cabe señalar que no es obligatorio para esta Sala de Decisión dar aplicación a sentencias proferidas por otras Salas Laborales de otros Tribunales del país como lo pretende el recurrente, pues se trata de un precedente horizontal, el cual no resulta vinculante, máxime cuando el que aquí se acoge, es el vertido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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 cambió 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). Al respecto, se observa que el Juzgador dio la orden de reembolso en los términos previamente establecidos, entendiéndose que una vez los fondos privados trasladen los emolumentos enunciados a Colpensiones, dicha entidad deberá dar trámite a las obligaciones objeto de condenada, por lo que se confirmará integralmente su decisión.

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; 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 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 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).

DEL COMUNICADO DE PRENSA DE LA SENTENCIA SU-107 DE 2024.

El pasado 9 de abril de 2024, la Corte Constitucional emitió un comunicado de prensa sobre la aludida sentencia que tiene como propósito modular el precedente de la Corte Suprema de Justicia en materia probatoria en procesos ordinarios donde se discute la ineficacia del traslado de afiliados entre los dos regímenes pensionales por problemas de información ocurridos entre 1993 y 2009; no obstante, como a la fecha, la providencia en sí no ha sido publicitada y dada a conocer al público, la Sala considera que dicho comunicado no tiene fuerza vinculante, tal como la misma Corte Constitucional lo explicó en Auto 201 del 2013, así:

> *7. Al respecto, esta Sala Especial recuerda que el alcance de los comunicados de prensa es meramente informativo, que no son sentencias y, en esa medida, al no responder a las características propias de las providencias judiciales, no se les confiere fuerza vinculante de ninguna índole. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que:*
>
> > *"el Reglamento Interno de la Corte Constitucional, en el literal c) de su artículo 9º, establece como función del Presidente de la Corporación la de "servir a la Corte de órgano de comunicación", de modo que "sólo él podrá informar oficialmente de los asuntos decididos en Sala Plena" y, precisamente, en ejercicio de esta función, el presidente expide y firma los comunicados de prensa, cuyo carácter es meramente informativo, según lo ha puesto de presente la Corporación al señalar que "son un medio expedito para dar a conocer a los ciudadanos las sentencias que profiere la Corte, pero no reemplazan la decisión misma".*
>
> *8. En esa medida, la Corte ha reconocido la posibilidad de que se presenten variaciones entre el comunicado de prensa y la sentencia "documentada y firmada". Así, atendiendo a las discrepancias que pueden surgir entre uno y otro, de una parte, y a la naturaleza y alcance que diferencian los comunicados de prensa de las providencias judiciales, de la otra, la Corte Constitucional sostuvo que no se le puede otorgar al comunicado "capacidad para afectar la providencia cuya adopción se limita a anunciar", pues "se le conferiría una fuerza vinculante que, fuera de no corresponderle, enervaría la sentencia misma y la vaciaría de su contenido y de su valor".*
>
> *9. Bajo el mismo argumento, esta Sala Especial considera que no se le debe otorgar al comunicado de prensa de una determinada sentencia la capacidad para afectar otra providencia que ya se adoptó y que está en firme (…)* (Subrayado del texto original).

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

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

RESUELVE:

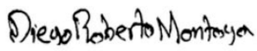
PRIMERO: PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

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

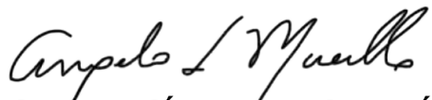
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
046 2023 00137 01

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir, la suma de $1.300.000 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	**11001310503720200030901**
CLASE DE PROCESO	**ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE	**LEIDI JOHANNA BENAVIDES PEÑA**
DEMANDADO	**CIBERGESTIÓN COLOMBIA S.A.S.**

En Bogotá D. C. a los Treinta (30) días del mes de abril de dos mil veinticuatro (2024), 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,

S E N T E N C I A

ANTECEDENTES

La señora **Leidi Johanna Benavides Peña** por intermedio de apoderado judicial, persigue se declare sin efecto legal la suspensión temporal del contrato laboral, dispuesto unilateralmente por parte de la empresa demandada desde el 21 de abril de 2020; por consiguiente, se condene a la accionada a levantar dicha suspensión y dar continuidad a la relación laboral.

En consecuencia, se condene a la demandada al pago de los salarios dejados de cancelar desde la suspensión del contrato (21 de abril de 2020), hasta que sea reintegrada a su cargo en las condiciones en que se venía desempeñando, y a los que se sigan causando hasta la fecha en que sea reintegrada, al pago de las prestaciones sociales dejadas de pagar durante el tiempo de la suspensión como cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones, a lo que resulte probado ultra y extra petita, y al pago de costas y agencias en derecho (f°. 5 a 6, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital).

Como **fundamento a sus pretensiones** (f°. 2 a 5, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital), señaló en síntesis que se encuentra vinculada con la empresa demandada

a través de un contrato laboral a término indefinido desde el 1 de julio de 2010; que el salario actual corresponde a la suma de $2.511.000, mensuales; que las últimas funciones desempeñadas fueron las de analista de cancelación de hipoteca, actividad desarrollada para el proyecto BANCO ITAÚ S.A.; que la empresa CIBERGESTIÓN COLOMBIA S.A.S. presta servicios de tercerización de legalización de créditos hipotecarios al sector financiero.

Narró que, el 24 de marzo de 2020, la empresa demandada implementó la modalidad de teletrabajo para el desarrollo y ejecución normal de las funciones que se encontraba ejerciendo, teniendo acceso a internet, un computador y un dispositivo móvil para hacer el contacto con los clientes hasta el día 1 de abril de 2020; que posteriormente, le fueron otorgadas vacaciones anticipadas por once (11) días, desde el 2 de abril de 2020, hasta el 20 de abril de 2020, vacaciones que debía disfrutar de acuerdo con el contrato de trabajo a partir del 1 de julio de 2020.

Refirió que, el día 20 de abril de 2020, la demandada a través de correo electrónico le envío un comunicado informándole la suspensión temporal del contrato de trabajo a partir del 21 de abril de esa misma anualidad, hasta que cesaran las causas que generaron la suspensión, sustentándose en el artículo 51 del CST; que por solicitud del señor Óscar Alonso Barrera se hizo entrega de las bases de datos actualizada de lo trabajado al 31 de marzo de 2020, a la señora Diana Torres el día 1 de abril de 2020, quien actualmente ejerce esas funciones.

Relató que, el día 12 de junio de 2020, por correo electrónico le enviaron comunicación donde le notifican el beneficio de vacaciones anticipadas, de los cuales se concedían 8 días hábiles correspondientes a los periodos 2019-2020 (4 días) y 2020-2021 (4 días), que se darían entre el 21 de abril de 2020, hasta el 30 de abril de 2020, para un total de 10 días calendario, fecha en la cual ya se encontraba suspendido el contrato, vacaciones que no se hicieron efectivas.

Indicó que, el día 16 de junio de 2020, envío derecho de petición ante la empresa mediante correo electrónico solicitando la revocatoria de la suspensión temporal del contrato por tratarse de una determinación ilegal, arbitraria y que carecía de carácter jurídico para su aplicación; por consiguiente, fuera reincorporada a seguir desarrollando las actividades propias de su cargo y le fueran reconocidos los sueldos dejados de percibir; que la accionada dio respuesta señalando que no accedía a ninguna de sus peticiones.

Acotó que, el día 30 de junio de 2020, fue intervenida quirúrgicamente, emitiéndose una incapacidad de 8 días, la cual se remitió a la empresa el día 1 de julio de 2020; que ese mismo día interpuso acción de tutela la cual fue repartida al Juzgado 36 Civil Municipal de Bogotá; que vía telefónica la empresa accionada le propuso condiciones que desmejoraban más del 50% de sus ingresos, por lo cual le indicó que se atenía a lo que se fallara en la tutela; que el día 9 de julio de 2020, se profirió fallo de tutela en donde se negó por ser improcedente.

Por último, señaló que el día 15 de julio de 2020, la demandada le había enviado un correo electrónico en donde le propuso reactivar el contrato de trabajo, el cual fue contestado de manera positiva; sin embargo, para el momento de la presentación de la demanda aún no se había solucionado su situación.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La empresa **CIBERGESTIÓN COLOMBIA S.A.S.** contestó (archivo 04, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos, aceptó el contrato laboral suscrito con la demandante, el extremo inicial, el salario devengado, las funciones desempeñadas, los servicios de tercerización que realiza la empresa para el sector financiero, admitió también que el 24 de marzo de 2020, implementó la modalidad de teletrabajo, pero aclarando que no era cierto que la actora podía realizar sus funciones con normalidad, toda vez que la cancelación de hipotecas se desarrollaba a través de una plataforma tecnológica que era de propiedad y administrada por sus clientes, lo cual, por estándares de seguridad no era accesible vía internet y debía operarse directamente desde sus instalaciones, además de que las funciones ante Notarías e Instrumentos Públicos no se podían ejecutar, debido a que a partir de los decretos expedidos por el Gobierno Nacional en las que se ordenó el aislamiento preventivo como consecuencia del COVID 19, dichas entidades habían dejado de operar.

Igualmente, aceptó las vacaciones anticipadas que le fueron otorgadas a la demandante, la suspensión temporal del contrato, el beneficio de vacaciones anticipadas, la petición radicada por la actora para la revocatoria de la suspensión del contrato y la respuesta que se le brindó, la intervención quirúrgica que tuvo la demandante, la acción de tutela que se instauró y las propuestas de reactivación del contrato laboral por parte de la empresa. Finalmente, afirmó que el contrato a la fecha de contestación de la demanda se encontraba reactivado.

Como excepciones de fondo, propuso las que denominó, situación de fuerza mayor, recomendaciones del Ministerio del Trabajo, impacto de la situación de emergencia sanitaria por Covid 19 en CIBERGESTIÓN COLOMBIA S.A.S., efectos de la suspensión del contrato de trabajo, levantamiento de la suspensión del contrato de trabajo y reanudación de la relación laboral.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante audiencia del 26 de octubre de 2021, (archivo 08, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital) resolvió:

> ***PRIMERO: ABSOLVER*** *a la demandada CIBERGESTIÓN COLOMBIA SAS, de la totalidad de las pretensiones elevadas en su contra por la parte demandante LEIDI JOHANNA BENAVIDES PEÑA, por la parte motiva de la presente providencia.*
>
> ***SEGUNDO: COSTAS*** *en esta instancia a cargo de la parte demandante, vencida en el proceso, se fijan como agencias en derecho la suma de $200.000. Por Secretaría tásense en la oportunidad legal pertinente*

Para **fundamentar su decisión**, sostuvo que se encontraba probado que la empresa CIBERGESTIÓN COLOMBIA S.A.S. había suspendido el contrato de trabajo de la demandante el día 21 de abril del año 2020, invocando la causal de fuerza mayor y caso fortuito que impidió temporalmente la realización de las funciones debido a la pandemia sanitaria que provocó el aislamiento preventivo obligatorio como consecuencia del COVID 19, lo cual generó el cierre de la empresa.

Para resolver el asunto, el fallador trajo alusión algunas sentencias de la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional relacionadas con dicha causal, señalando que debía analizarse en estos casos que las medidas de suspensión de los contratos fueran valoradas a la luz de las dificultades económicas de la crisis sanitaria que causó en el mercado laboral y en el impacto que generó en el empleo formal, es decir, el grado de demostración de su impredecibilidad e irresistibilidad.

Precisó que, la empresa demandada argüía que las oficinas de Instrumentos Públicos, así como las Notarías se vieron en la imposibilidad de prestar el servicio, frente a lo cual debía tenerse en cuenta que la emergencia sanitaria que ocasionó el COVID 19, fue para la generalidad del mundo un hecho imprevisto, lo cual obligó al Gobierno adoptar medidas para evitar su propagación, ordenándose a través del Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, entre otros, el aislamiento preventivo obligatorio, lo cual sorprendió a todos por su impredecibilidad, sumado al hecho de que también era irresistible en el entendido en que en su mayoría no contaba con mecanismos y protocolos para reaccionar a un impacto de escala global, lo cual le sucedió a la empresa demandada a quien su operatividad consistía de manera principal a gestiones que debía realizarse a

través de terceros, lo cual fue ratificado por el representante legal de la sociedad y por el testimonio de Óscar Eduardo Alfonso Barrera y la declaración de la demandante.

Concluyó que, existía razonabilidad en la tesis planteada por la parte demandada evidenciándose la configuración de fuerza mayor y caso fortuito lo cual convalidaba la suspensión del contrato; que si bien era la última opción que debió haber adoptado la llamada a juicio como lo había señalado el Ministerio del Trabajo en comunicado 021 del 17 de marzo de 2020, se encontraba acreditado que previo a tomar dicha decisión ya había presentado medidas de protección al empleo, como trabajo en casa, teletrabajo, jornadas laborales flexibles, otorgamiento de vacaciones anticipadas y permisos remunerados, posibilidades estas que según las pruebas documentales fueron cumplidas, agotando así las herramientas legales que tenía a su alcance.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante por medio de su apoderada judicial interpuso **recurso de apelación** señalando: «*apelo la decisión toda vez que no se justifica, a pesar de las razones de que tiene su despacho la fuerza mayor, hay unas consideraciones que no se están teniendo en cuenta, por tal razón apelo la decisión, para que en su oportunidad de manera escrita yo pueda sustentarla y presentarla a su despacho*» (minuto:25:05, archivos 08, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital).

C O N S I D E R A C I O N E S

Observa la Sala que los argumentos expuestos por la parte actora no sustentan en debida forma el recurso, pues aun cuando este no requiere de formalismo alguno, sí deben exponerse de manera razonada, clara y concreta los fundamentos de inconformidad frente a la decisión del juzgado, de lo cual adolece la alzada, por lo cual será inadmitido y en su lugar se estudiará el presente litigio en el grado jurisdiccional de consulta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a esta Sala de decisión determinar si la empresa demandada acreditó la causal establecida en el numeral 1 del artículo 51 del CST, para suspender temporalmente el contrato laboral suscrito con la demandante, durante el periodo comprendido entre el 21 de abril de 2020, hasta el 3 de agosto de 2020, en caso de no acreditar dicha causal excepcional, si debe reconocer a favor de la parte actora las acreencias laborales solicitadas en el escrito genitor.

RELACIÓN LABORAL

En el asunto bajo examen, y en lo que concierne a esta instancia no es materia de controversia la existencia del contrato de trabajo que sostuvo la actora con la empresa CIBERGESTIÓN COLOMBIA S.A.S., aspecto que se corrobora con los medios de convicción obrantes en el plenario, analizados bajo los postulados de los artículos 60 y 61 del CPTSS, en especial, con el contrato de trabajo a término indefinido celebrado el día 1 de julio de 2010 (f° 35 a 38, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital), notificación de la medida de suspensión temporal del contrato de trabajo (f° 39, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital), comunicación de beneficios de vacaciones anticipadas (f° 41, archivo 01, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital), notificación de activación del contrato de trabajo a partir del 3 de agosto de 2020 (f° 27, archivo 04, carpeta 1 instancia, exp. Digital), notificación auxilio económico (f° 30, archivo 04, carpeta 1 instancia, exp. Digital), certificado laboral expedido el día 26 de junio de 2020 (f° 57, archivo 01, carpeta 1 instancia, exp. Digital), además de haber sido un hecho aceptado por la llamada a juicio al momento de dar contestación a la demanda, quedando entonces acreditado que la actora se ha desempeñado en la sociedad demandada en los cargos de *«ANALISTA DE CANCELACIÓN DE HIPOTECA»* y *«TÉCNICO PREFIRMA»*, en la modalidad de contrato a término indefinido devengando para el año 2020, la suma de $2.511.000.

Dicho lo anterior, procede la Sala a estudiar los reparos elevados en el libelo demandatorio.

DE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

En el presente asunto, invoca la empresa demandada como causal de suspensión temporal del contrato laboral suscrito con la demandante el que se denomina fuerza mayor o caso fortuito, el cual se encuentra regulado en el numeral 1, artículo 51 del CPTSS, que señala:

> ***ARTÍCULO 51. SUSPENSION.*** *<Artículo subrogado por el artículo 4o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> El contrato de trabajo se suspende:*
>
> *1. Por fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida su ejecución.*
>
> *[…]*

En relación a esta causal excepcional, la Sala de Casación Laboral se pronunció en sentencia CSJ SL3238 de 2020, en donde dispuso:

> *Y sobre el tema relativo a la fuerza mayor como hecho eximente de responsabilidad contractual y extracontractual, se ha pronunciado esta Corporación en reiteradas*

oportunidades, verbigracia, en la sentencia CSJ, SL 29 may. 2002, rad. 17570, donde asentó:

> *Dado que la demanda se presentó en términos idénticos e igual argumentación a la que fuera estudiada recientemente en sentencia del 28 de noviembre de 2001, radicación No. 16595, en proceso contra la misma demandada, se remite la Sala a lo que sobre el entendimiento del concepto en cuestión expresó en esa oportunidad, en los siguientes términos:*
> *"En primer término importa aclarar que el concepto de caso fortuito o fuerza mayor a que se refiere el Código Sustantivo del Trabajo en los artículos 51-1 y 466, no es original o especial sino el mismo que contempla la Ley 95 de 1890, art. 1º, así:*
> *"Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos (sic) de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc."*
> *"Consiguientemente, en materia laboral son aplicables los requisitos que en la jurisprudencia y doctrina generales se han exigido para la figura, como que sólo puede calificarse de caso fortuito o fuerza mayor el hecho que concurrentemente contemple los caracteres de imprevisible e irresistible e igualmente, que un acontecimiento determinado no puede catalogarse fatalmente, por sí mismo y por fuerza de su naturaleza específica, como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, puesto que es indispensable, en cada caso o acontecimiento, analizar y ponderar todas las circunstancias que rodearon el hecho. (ver Sentencia de nov 20 de 1989 Sala de Casación Civil C.S.J. Gaceta Judicial 2435 Pág. 83).*
> *"Igualmente se ha explicado que entre los elementos constitutivos de la fuerza mayor como hecho eximente de responsabilidad contractual y extracontractual figura la inimputabilidad, esto es que el hecho que se invoca como fuerza mayor o caso fortuito, no se derive en modo alguno de la conducta culpable del obligado, de su estado de culpa precedente o concomitante del hecho. Es decir que la existencia o no del hecho alegado como fuerza mayor, depende necesariamente de la circunstancia de si el deudor empleó o no la diligencia y cuidado debidos para prever ese hecho o para evitarlo, si fuere previsto y es menester, entonces, que en él no se encuentre relación alguna de causa a efecto con la conducta culpable del deudor. (ver Sentencia de noviembre 13 de 1962 Sala de Casación Civil C.S.J. Gaceta Judicial 2261, 2262, 2263 y 2264 Págs. 163 y ss.)*
> *"Bajo estos supuestos doctrinales es claro que no le asiste razón al impugnador en su postura y que el ad-quem no incurrió en la interpretación errónea que se le atribuye.*
> *"En efecto, en primer lugar debe aclararse que no todo acto de autoridad que impida la ejecución del contrato de trabajo, debe clasificarse automáticamente de caso fortuito o fuerza mayor que comporte su suspensión en los términos del artículo 51-1 del C.S.T, pues habrá que examinar las circunstancias de cada caso y podría darse, por ejemplo, que la decisión de autoridad sea consecuencia directa de una conducta culposa del empleador, evento en el cual mal podría entenderse suspendido el nexo, sino más bien ubicado en la situación del artículo 140 ibidem. De otra parte, no podría descartarse que la crisis económica de la empresa pueda generar la suspensión contractual por constituir caso fortuito, pero ello dependerá de que, conforme a las circunstancias del caso, se den los supuestos indispensables, y no pocas veces resultaría preferible que para éstas hipótesis en caso de duda el empresario que lo requiera acuda a la autoridad administrativa para obtener el permiso de clausura temporal o definitiva, desde luego, si se dan los requisitos de procedencia de estas figuras alternativas.(C.S.T, arts 51-3 y 466).*

Sobre el tema, la Corte Constitucional en la sentencia T 430-2021, expuso:

> *57. La suspensión del contrato de trabajo tiene como efecto interrumpir la ejecución de la relación laboral, sin terminarla[260]. El empleador puede hacer uso de dicha facultad si se presenta alguna causal taxativamente prevista en el artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo. En concreto, su numeral 1° señala que la prestación de los servicios del trabajador podrá suspenderse "[p]or fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida su ejecución".*

58. Sobre la situación descrita en dicha normativa, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que no es original o especial,[261] sino que se refiere a la contemplada en el artículo 64 del Código Civil. Esta es: "Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc." Asimismo, ha aclarado que no es suficiente que acaezca un hecho sorpresivo o imprevisto para que se configure una situación de fuerza mayor o caso fortuito. También deben analizarse, en cada caso, las circunstancias que rodearon el hecho, para así concluir si fue imprevisible, irresistible y externo, lo cual ha de ser demostrado por el empleador[262].

59. En particular, ha señalado que imprevisible es el acontecimiento que no sea viable contemplar de antemano, al examinar i) su normalidad y frecuencia; ii) la probabilidad de su realización; y iii) su carácter inopinado, excepcional y sorpresivo[263]. En definitiva, cuando en condiciones normales no haya sido lo suficientemente probable para que el agente pudiera precaverse contra él[264].

Por su parte, el concepto de irresistible se refiere a no haberse podido evitar su acaecimiento y sus consecuencias. Así, el hecho imposibilita al agente para obrar del modo debido. Por el contrario, si lo que se produce es tan solo una dificultad más o menos acentuada para enfrentarlo, no se configura el fenómeno de fuerza mayor o caso fortuito[265].

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia ha aclarado que ese hecho debe desatarse desde lo externo. Esto es, debe tener su origen en una actividad exógena a la que despliega el agente a quien se le imputa el daño. En consecuencia, no puede concurrir con la culpa del demandado que haya tenido un rol preponderante en la causación del daño ni puede estar ligado a su industria[266].

60. Ahora bien, el artículo 67 de la Ley 50 de 1990 establece que, al suspender un contrato de trabajo por la causal en mención, el empleador tan solo está obligado a avisar al Ministerio del Trabajo, mas no a solicitar permiso ante aquella entidad. Asimismo, el artículo 53 del Código Sustantivo del Trabajo establece que, como consecuencia de la suspensión, cesan de forma temporal algunas de las obligaciones a cargo de las partes. En concreto, el trabajador deja de prestar los servicios para los que fue contratado y el empleador a su vez suspende el pago de los salarios o remuneración como contraprestación a ese servicio.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte[267] ha determinado que, mientras dure la suspensión y de acuerdo con las normas laborales referidas, la prestación del servicio de seguridad social (salud y pensión) siguen vigentes en cabeza del empleador, con el fin de garantizar a los trabajadores este principio que goza de carácter constitucional, según dispone el artículo 53 de la Constitución.

61. Finalmente, el artículo 52 del Código Sustantivo del Trabajo establece que, una vez desaparecen las causas de la suspensión temporal del trabajo, "el empleador debe avisar a los trabajadores (…) la fecha de la reanudación del trabajo, mediante notificación personal o avisos publicados no menos de dos veces en un periódico de la localidad, y debe admitir a sus ocupaciones anteriores a todos los trabajadores que se presenten dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación o aviso". En ese sentido, el empleador tiene la obligación de reintegrar a sus trabajadores luego de que las causas que configuran un hecho de fuerza mayor o caso fortuito desaparecen. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Así las cosas, se tiene entonces que para que se considere la existencia de una fuerza mayor o caso fortuito, la situación, debe ser totalmente imprevisible, irresistible y externo, lo cual se compagina con lo señalado en el artículo 64 del Código Civil, que refiere «*se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir,*

como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.»

De igual manera, de acuerdo con las citas jurisprudenciales previamente señaladas al encontrar el empleador que se configura dicha causal, no se encuentra obligado a solicitar permiso ante el Ministerio del Trabajo, tan solo tiene que avisar la situación para dar trámite a la suspensión del contrato, quedando el trabajador supeditado a dejar de prestar el servicio temporalmente y el empleador de cancelar los salarios, únicamente deberá seguir cubriendo los aportes a Seguridad Social.

Descendiendo entonces al caso que ocupa la atención de la Sala, se tiene que tal y como lo señaló el Juez de primera instancia que durante la crisis sanitaria ocasionada por la pandemia del COVID 19, a nivel mundial, los diferentes gobiernos, debieron adoptar medidas que consideraron idóneas para evitar la propagación de dicho virus, no siendo la excepción Colombia, fue así que el Gobierno Nacional junto con el Ministerio de Salud y Protección Social, declararon la emergencia sanitaria y se adoptaron medidas para prevenir y controlar la propagación del brote COVID 19, por lo cual se expidió la Resolución No. 385 de 2020 y se declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica.

Posteriormente, a través del Decreto 457 de 2020, se impartieron las instrucciones para el cumplimiento del aislamiento preventivo obligatorio, el cual se dio inicialmente a partir del 25 de marzo de 2020, hasta el 13 de abril del mismo año, prorrogándose dicha medida con los Decretos 531, 593, 636, 749, 990, 1076, 1168, 1297, 1408 y 1550, hasta el 16 de enero de 2021, con la expedición de los anteriores decretos se restringió la movilidad de los ciudadanos en el territorio Nacional, pero también se estipuló las excepciones a dicha regla, como lo era, la asistencia a servicios de salud, la adquisición de bienes de primera necesidad, desplazamiento a servicios bancarios, cuidado de niños y adultos mayores, fuerza mayor y muchas más, permitiéndose la realización de actividades en forma gradual, consecutivamente con la expedición del Decreto 039 del 14 de enero de 2021, se reguló la fase de aislamiento selectivo y distanciamiento individual responsable y reactivación económica segura desde el 16 de enero de 2021, al 1 de marzo de 2021, el cual se prorrogó con el Decretos 206 del 26 de febrero de la misma anualidad, hasta el 1 de junio de 2021.

Cabe recordar también, que ante las serias condiciones económicas y laborales como consecuencia de la pandemia el Gobierno Nacional expidió una serie de medidas con el fin de proteger los empleos, por ejemplo, el Decreto 488 de 2020, con el cual se permitió el retiro de cesantías en los fondos a los que estuviera afiliado el trabajador, se

otorgó a los empleadores la facultad de conceder vacaciones anticipadas, colectivas o acumuladas, con el Decreto 518 de 2020, se creó el programa de transferencias monetarias a favor de personas que no tuvieran beneficios de otros programas estatales, mientras persistía la emergencia económica, con el Decreto 770 del 3 de junio de 2020, se adoptaron medidas adicionales, como la protección del cesante, la flexibilización de las jornadas de trabajo, ofreció alternativas para el pago de primas de servicio, también la posibilidad de que se pudiera prestar el servicio por turnos, modificar el horario de trabajo, se creó un programa de apoyo para el pago de la prima y otro para proveer un auxilio a los trabajadores que les hubiere sido suspendido el contrato de trabajo, hasta por tres (3) meses y devengaran menos de cuatro (4) salarios mínimos legales vigentes y demás condiciones contempladas en el Decreto Legislativo 639 de 2020.

Del mismo modo, el Ministerio del Trabajo a través de la Circular No. 021 de 2020, instó a los empleadores para que adoptaran las medidas necesarias para proteger los empleos, incentivándolos al trabajo en casa, teletrabajo, jornada laboral flexible, vacaciones, tanto anuales, como anticipadas y colectivas y/o permisos remunerados. Asimismo, mediante la circular externa 022 del 19 de marzo de 2020, dicha dependencia señaló: *«Adicionalmente, esta entidad aclara que la configuración o no de una fuerza mayor corresponde de manera funcional al Juez de la República, quien determinará o no su existencia, con base en la valoración de los hechos puestos a su consideración».* Seguidamente, por medio de la Circular 033 del 19 de abril de 2020, el Ministerio autorizó a los empleadores, para que adoptaran otras medidas con el fin de proteger los empleos, entre ellas, la concesión de licencia remunerada, modificación de la jornada laboral y concertación de salario, la modificación de beneficios extralegales y concertación de beneficios convencionales.

Al analizarse los elementos de convicción que se aportaron al trámite preferente, se tiene que el 1 de abril de 2020, CIBERGESTIÓN COLOMBIA S.A.S. como consecuencia de las medidas impuestas por el Gobierno Nacional derivadas de la pandemia COVID 19, concedió a la demandante vacaciones, por el período causado de 2019 a 2020, para ser disfrutadas del 2 de abril, al 20 de abril de la misma calenda (f° 20 archivo 04 del expediente digital), siendo un hecho notorio y de público conocimiento que para dicha época, seguían vigentes las medidas de aislamiento y restricción a la movilidad de los ciudadanos en el territorio Nacional, motivo por el cual la empresa accionada el día 21 de abril de 2020, le comunicó a la actora la decisión de suspender el contrato de trabajo a partir de dicha fecha (fl. 39 archivo 01 del expediente digital), situación que fue comunicada al Ministerio del Trabajo, el día 4 de mayo de 2020, vía correo electrónico (fl. 13 archivo 04 del expediente digital).

Se evidencia también, que una vez reintegrada la señora Leidi Benavides de las vacaciones y ya suspendido el contrato de trabajo, la accionada el 12 de junio de 2020, le comunicó la decisión de conceder vacaciones anticipadas, indicándole: *«[…] en aras de mitigar el impacto de los efectos de la suspensión del contrato laboral y de poder contribuir con los ingresos y bienestar de todos nuestros colaboradores, CIBERGESTIÓN COLOMBIA, ha considerado brindar el beneficio de un nuevo anticipo de vacaciones sin que se haya cumplido el término para el disfrute de las mismas. Es decir, se conceden 8 días hábiles correspondientes a los períodos 2019-2020 (4 días) y 2020-2021 (4 días) los cuales serán aplicables desde el 21 de abril de 2020 hasta el 30 de abril de 2020, para un total de 10 días calendario por valor de $837.000, dicha suma incluye días dominicales y festivos y será abonada a su cuenta de nómina […]»* (fl. 41 archivo 01 del expediente digital), propuesta que no fue aceptada por la parte actora.

Luego, mediante oficio de fecha 31 de julio de 2020, la empresa notificó a la señora Benavides Peña sobre la reanudación de su contrato de trabajo a partir del **3 de agosto de 2020**, señalándole: *«por medio de la presente se informa que se da reanudación a su contrato de trabajo a partir del 3 de agosto de 2020, de acuerdo con la notificación de suspensión temporal enviada el pasado 20 de abril de 2020, toda vez que continuamos realizando todos los esfuerzos posibles por reactivar la actividad laboral de nuestra empresa y es así como hemos encontrado opciones para que pueda llevar a cabo el desempeño de sus funciones bajo las condiciones propias de su contrato laboral»* (f°. 27 archivo 04 del expediente digital). Pese a haberse suspendido el contrato y reactivado el mismo, CIBERGESTIÓN COLOMBIA S.A.S. el día 29 de septiembre de 2020, notificó a la trabajadora la decisión de reconocerle un auxilio económico, por cumplir con los requisitos contemplados en el Decreto 770 de 2020 (fl. 30 del archivo 04 del expediente digital).

Ahora bien, del interrogatorio de parte rendido por el señor **José Luis Torres González**, en calidad de representante legal de CIBERGESTIÓN COLOMBIA S.A.S., en relación a la suspensión del contrato de trabajo de la demandante, afirmó que las labores que ella realizaba de «*cancelación de hipoteca*», no se podían ejecutar bajo la modalidad de teletrabajo, es decir, que no las podía desarrollar fuera de sus oficinas, toda vez que para dar inicio a ese proceso debía ser a través de una herramienta tecnológica que era suministrada por uno de sus clientes y el cual no podía tener acceso vía internet. Adicionalmente, la labor que ejecutaba la actora tenía relación con las Notarías y las oficinas de Instrumentos Públicos, proceso que no se podía llevar a cabo teniendo en cuenta que dichas dependencias también habían cerrado en virtud de las órdenes de aislamiento preventivos que había ordenado el Gobierno Nacional. Agregó que, el objeto social de la empresa, va enmarcado en forma principal a la constitución de garantías hipotecarias y al darse el cierre de Notarías y Oficinas de Instrumentos Públicos, se suspendieron todos estos trámites, a excepción de los que ya estaban avanzados y los

cuales se tenían que informar al Banco, para que este desembolsara, por lo que, estas fueron las actividades que se pudieron desarrollar durante el aislamiento preventivo. Finalizando su declaración, refiriendo que, una vez se empezó a autorizar el servicio notarial y de registro, la empresa procedió a reactivar los contratos de trabajo.

En **interrogatorio de parte rendido por la demandante**, adujo que, a partir del 3 de agosto de 2020, le fue reactivado su contrato de trabajo; que en principio la pusieron a hacer o manejar procesos de avalúos, en donde se le realizó la respectiva capacitación y comenzó con ese proceso, como a los dos meses empezó a retomar el tema de las cancelaciones de hipoteca, que es lo que actualmente hace. Respecto a las funciones desarrolladas en el cargo de cancelación de hipotecas, dijo:

> *[…] resulta que ese proceso de cancelación tiene digamos como dos trámites para hacer, uno que es el proceso integral que es el que efectivamente hablaba el doctor José Luis, que es donde contactamos a gente que nos llega por medio del aplicativo efectivamente del banco, las aprobaciones, contactamos al cliente, le ofrecemos todo el proceso, le explicamos como es y es como un servicio que le presta Cibergestión donde le indica que le hacemos todo el trámite de Notaría y Registro, hasta obtener ya los certificados donde se evidencie ya la hipoteca cancelada. El otro trámite, es el proceso básico que es donde el cliente en la mayoría de casos toma, cuando está en proceso de venta el inmueble y requiere por parte del banco únicamente la minuta, expedimos la minuta y el cliente se encarga de hacer todo el proceso, este proceso básico durante todo ese periodo de suspensión digamos que sí bajó pues por los temas de la pandemia, pero nunca finalizó, llegaron casos durante ese proceso aunque los clientes tenían conocimiento de que los trámites de notariado y registro no se estaban haciendo, pero el cliente seguía solicitando por medio de servicio al cliente las cancelaciones y al tener esto, el banco dijo, eliminados por ahora proceso integral, que es de notaría porque no nos podemos comprometer a hacer todo el proceso de notaría porque no está funcionando y dejamos solamente básico, diciéndole en la llamada que pues iban a quedar trancados en notaría, pero igual el cliente lo aceptaron y expedíamos las minutas para que ellos hicieran todo el trámite, entonces digamos que en el periodo de la pandemia, pues la parte más fuerte así fue como se fluyó el proceso de cancelación con un nivel más bajo, pero pues sí fluyó, porque los clientes del banco dijo no podemos rechazar el derecho de enviar la minuta para que hagan el trámite*.

Concluyó la deponente, que el proceso integral no se siguió realizando, y dadas las condiciones solamente se hacía el proceso básico, precisando que ese proceso básico lo continuó ejecutando otra de sus compañeras de nombre Diana Torres.

A su turno, **Óscar Eduardo Alonso Barrera**, quien manifestó ser Jefe de proyecto de la empresa CIBERGESTIÓN, expuso que es la persona que organiza dentro de la compañía absolutamente todo lo que tiene que ver con el desarrollo de los procesos del banco ITAÚ, en lo tocante a la suspensión del contrato de trabajo de la demandante, indicó que, a razón de la pandemia Covid 19, que conllevó al cierre de Notarías y la baja de asignaciones por el cual se vio afectado el banco ITAÚ, lo cual afectó indirectamente CIBERGESTIÓN, por lo cual a partir de dicho momento se empezó a revisar indicadores de producción y los terceros que intervenían en su proceso, puntualmente lo que tenía que ver con Notarías, aspectos que conllevaba a no tener como un flujo diario de

procesos, ni como desempeñar esas labores, por lo cual debieron distribuir esas tareas; que en el caso de la demandante debieron revisar la función que ella ejecutaba, lo cual se realizaba a través de unos aplicativos que eran exclusivos del banco y que ellos como clientes debían garantizar que se manipularan dentro de las instalaciones de la empresa, motivo por el cual debieron proceder a dar otras opciones como adelantar vacaciones y demás, que se encuentran probados dentro del expediente.

Reiteró que, los primeros meses no tuvieron asignaciones y la caída fue abismal en un 95%; que una vez superado el tema, aprendiendo como trabajar con la situación que conllevó la pandemia, de la mano con el banco se determinó cómo se podía reactivar todo, procediéndo a vincular de nuevo a las personas, siendo entre las primeras personas la demandante. Relató que, el equipo de trabajo antes de pandemia estaba conformado entre 45 a 60 personas, de las cuales 2 personas estaban cumpliendo la labor de cancelación de hipotecas, por lo cual decidieron intercalar las vacaciones entre ellas, sostuvo que cuando a la demandante se le suspendió el contrato, a su compañera se le concedió vacaciones anticipadas al haber sido aceptado por ella; también refirió que durante el primer periodo de la pandemia, debieron distribuir las tareas de los trabajadores que estaban a su cargo, incluso fueron asignadas a él, porque habían muy poquitos procesos para trámite.

Del recuento de las actuaciones procesales que se surtieron, considera esta Sala de Decisión que, en efecto se configuró la causal de fuerza mayor o caso fortuito para suspender el contrato de trabajo de la demandante desde el 21 de abril del año 2020, hasta el 2 de agosto de 2020, dado que, no era previsible e imaginable, que la pandemia generada por el COVID 19, incidiera de manera global, a tal punto que a fin de evitar la propagación de la enfermedad, se debió acudir al cierre total de centros educativos, empresas, instituciones públicas y demás, que conllevó a un desequilibrio financiero de muchas empresas, que no se encontraban preparadas para afrontar el cambio intempestivo de esta situación, pues muchas de ellas no contaban con la infraestructura tecnológica para llevar a cabo el teletrabajo o trabajo en casa.

Fueron todas estas situaciones que llevaron al Gobierno Nacional a dar alternativas a los empleadores para que pudieran afrontar dicho acontecimiento, para que no se dieran despidos masivos dentro de sus negocios, como bien se trajo a colación con los decretos y circulares expedidas, escenario del cual no fue ajeno la sociedad aquí demandada, quedando demostrado que desplegó e hizo uso de todos los elementos y figuras a su alcance para no finiquitar el vínculo contractual que tenía con la señora Leidy, por ello, le concedió vacaciones, le propuso vacaciones anticipadas, se suspendió el contrato de trabajo y finalmente, le reconoció un auxilio, por haber utilizado dicha figura,

el cual es reconocido con posterioridad a la reactivación de su contrato, demostrándose de esta manera su diligencia y cuidado frente a su trabajadora.

Se acreditó igualmente, que durante el interregno en que fue suspendido el contrato de trabajo (21 de abril de 2020, al 2 de agosto de 2020), no fue posible continuar con el trabajo en casa o teletrabajo, dado que las aplicaciones que se utilizaban para la labor que ejecutaba la actora no podían ser instalados en su computador personal, pues eran aplicaciones exclusivas del banco cliente y de carácter reservado, lo cual fue aceptado por la actora en su declaración de parte, admitiendo que solo se pudo continuar con el proceso básico de cancelación de hipotecas, el cual se disminuyó considerablemente. Por otra parte, como bien lo señaló el testigo Óscar Eduardo Alonso, que al no contar con las herramientas para poder llevar a cabo la actividad desarrollada por la demandante, lo cual también dependía de terceros que igualmente debieron cerrar sus instalaciones de manera imprevista, dada la emergencia sanitaria, ante las distintas alternativas brindadas por la normatividad laboral acudieron a la suspensión del contrato laboral, mientras lograban poder volver a reactivar sus funciones con normalidad, asegurando que ello se cumplió con apoyo del mismo banco cliente y de la apertura paulatina que se dio por parte de las Notarías y la oficina de Instrumentos Públicos, lo que permitió con posterioridad la reactivación de los contratos suspendidos, entre los cuales se encontraba el de la demandante.

De modo que, la suspensión del contrato de la promotora del litigio no se dio de manera caprichosa, sino que tuvo sustento en la situación emergente por la que atravesaba el país, aunado a que de acuerdo con la documental aportada por la parte demandada consistente en la certificación expedida por la Revisora Fiscal Carolina Ospina Castillo de fecha noviembre de 2020, CIBERGESTIÓN COLOMBIA S.A.S., presentó una disminución considerable con respecto a febrero de 2020, del 54% (f° 17 archivo 04 del expediente digital), lo cual se corrobora con lo dicho por el señor Óscar Eduardo Alonso, al manifestar que las asignaciones que otorgaban los bancos clientes cayeron en un 95%, probando con ello que la empresa demandada en efecto presentó una disminución considerable en sus ingresos como consecuencia de la pandemia, máxime que su objeto social no se encontraban dentro de aquellas que no se interrumpieron en su desarrollo normal, como lo era las encargadas de adquisición de bienes de primera necesidad, alimentos, bebidas, medicamentos, dispositivos médicos, aseo, limpieza y mercancías de ordinario consumo de la población[1].

Luego entonces, el análisis desplegado por el *a quo*, en este aspecto, resulta totalmente atinado, al encontrarse acreditadas las gestiones por parte de

[1] Artículo 3, Decreto 457 de 2020.

CIBERGESTIÓN COLOMBIA S.A.S., para no terminar el vínculo contractual durante la emergencia sanitaria; por consiguiente, habrá de confirmarse la decisión de primera instancia.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora como quiera que su recurso de alzada no salió avante de conformidad con lo señalado en el numeral 1, 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,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandante, en la suma de $650.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente