

República de Colombia**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARTHA JEANNETTE SÁNCHEZ BARRERA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.**

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

SENTENCIA:**ANTECEDENTES**

Pretende la señora **MARTHA JEANNETTE SÁNCHEZ BARRERA**, se **declare** la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) efectuado a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A., y posteriormente con Colfondos S.A. En consecuencia, se **ordene** a las AFP demandadas trasladar a Colpensiones todo el dinero que se encuentra depositado en su cuenta de ahorro individual, junto con los bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por conceptos de aportes obligatorios y rendimientos devengados; se **ordene** a Colpensiones reactivar su afiliación como si siempre hubiese pertenecido a ese régimen; se **condene** a las demandadas ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 4- 23 archivo 1 exp. digital), señaló en síntesis que nació el 20 de octubre de 1964; que se afilió al ISS

donde realizó aportes desde el 5 de noviembre de 1986; que se trasladó al RAIS a partir de noviembre de 1999 mediante la AFP Colmena hoy Protección.

Narró, que el asesor de esa entidad solo se limitó a llenar el formulario de afiliación sin entregarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto de las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el RAIS vs el RPM, así como de las consecuencias negativas y específicas de abandonar el RPM, que no le informó que no tendría derecho a bono pensional porque no había alcanzado a cotizar más de 150 semanas al ISS; que no le entregó proyecciones, comparativos de lo que sería su mesada pensional en ambos regímenes; tampoco le explicó que su mesada variaba según la tabla de mortalidad de rentistas; que omitió indicarle hasta qué edad y sobre qué salarios debía cotizar para alcanzar una mesada pensional por lo menos de igual o equivalente valor a la que se le reconocería en el RPM; que no la ilustró sobre cuanto capital necesitaba para alcanzar una pensión de SMMLV, ni le explicaron que tener cónyuge o un hijo discapacitado o menor de edad reduciría su mesada pensional, y que tenía derecho a retractarse.

Indicó, que se trasladó a Colfondos S.A., para el mes de abril de 2007, pero que allí tampoco la asesoraron sobre las ventajas y desventajas de los dos regímenes pensionales, ni información personalizada que le permitiera conocer las implicaciones de su traslado; y que según esta AFP a sus 57 años de edad no tenía el capital suficiente para financiar su propia pensión, por lo que estudiaría la posibilidad de concederle una pensión de garantía mínima. Agregó que solicitó ante Colpensiones, Protección y Colfondos la anulación de su traslado de régimen pensional, pero que Colpensiones le respondió que no era procedente dicha solicitud, y que Protección y Colfondos negaron la mencionada petición.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 264-302 archivo 1 exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora, que se afilió al ISS, que elevó petición ante esa entidad, pero que la misma fue negada por improcedente; frente a los demás señaló que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de

costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público; e innominada.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS contestó (f.º 196-211 archivo 1 exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó únicamente la vinculación a esa AFP mediante la suscripción del formulario de afiliación el 21 de mayo de 2007, de manera libre voluntaria e informada; frente a los demás, expuso a unos que no le constaban por corresponder a un tercero y a otros que no eran ciertos, y aclaró que le informó a la afiliada que el valor real de la pensión sería determinado una vez cumpliera los requisitos para acceder a esa prestación, la cual se calcularía a partir de tres variables: la edad del posible pensionado y de su grupo familiar determinando la expectativa de vida de los beneficiarios de la pensión, el capital acumulado a la fecha del cálculo incluyendo aportes obligatorios y voluntarios, rendimientos y bono pensional si había lugar a él, y la tasa de rentabilidad esperada a largo plazo del fondo especial de retiro programado.

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

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó (f.º 1-22 archivo 6 exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, que ella se trasladó al RAIS a través de Colmena hoy Protección S.A., de manera voluntaria mediante el formulario firmado el 25 de octubre de 1999, que se trasladó posteriormente a Colfondos, y que solicitó que se anulara su traslado al RAIS, pero que la negó por ser improcedente; frente a los demás, señaló que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos, y aclaró que informó de manera clara, suficiente y oportuna a la actora sobre las implicaciones de su traslado, y de todas las características del RAIS, esto es: *i)* capital ahorrado: aportes obligatorios, voluntarios y rendimientos financieros; *ii)* existencia de un bono pensional y el valor del mismo; *iii)* edad de retiro; *iv)* composición del grupo familiar –beneficiarios-; *v)* expectativa de vida según tabla de mortalidad de rentistas; *vi)* factor actuarial (combinación expectativa de vida y factor financiero); *vii)* modalidad pensional; y *viii)* regulación de la Superintendencia Financiera y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para liquidar la mesada pensional.

En su defensa propuso las excepciones 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 comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS; inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS, y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 24 de febrero de 2021 (archivo 15-16 exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por la señora MARTHA JEANNETTE SÁNCHEZ BARRERA, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS S.A., AFP a la que se encuentra afiliada actualmente la actora, trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES –todos los aportes que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos.

TERCERO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. a pagar con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión de la demandante por los gastos de administración, en el tiempo correspondiente en que la demandante estuvo afiliada a cada AFP, como se advirtió en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a volver a afiliarse a la señora MARTHA JEANNETTE SÁNCHEZ BARRERA al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a las AFP en las que estuvo afiliada y que administra actualmente la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A., por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$500.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas, sin costas a cargo de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.

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

El Juzgado de primera instancia, **basó su decisión fundamentalmente** en que como quiera que las pretensiones de la demanda se fundaron en una omisión al deber de información por parte de la AFP Colmena hoy Protección al momento de su traslado en octubre de 1999, el caso debía analizarse desde la óptica de la ineficacia y no de la nulidad.

Haciendo referencia a las diferentes sentencias relacionadas con la ineficacia del traslado que ha proferido la CSJ Sala Laboral, indicó que la carga de demostrar que sí informó a la afiliada de manera clara, completa, veraz y suficiente recaía sobre la AFP Colmena hoy Protección S.A., entidad que se encontraba en la posición de demostrar el supuesto de hecho positivo, es decir que no hubo asimetría en la información.

Señaló, que el deber de información al momento del traslado entre regímenes era una obligación que correspondía a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debía ser de tal diligencia, que permitiera comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

Agregó, que le correspondía a Protección S.A. demostrar que al momento del traslado de régimen de la demandante le suministró información clara, completa y comprensible sobre los beneficios y desventajas del cambio de régimen, o si le informó sobre los riesgos y efectos negativos de su decisión, pues recordó que conforme a la línea jurisprudencial que desarrolla la materia, la información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad; una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Advirtió, que Protección no cumplió con su carga de demostrar que brindó una ilustración a la actora en los términos antes señalados para el año 1999, lo que conllevaba a la ineficacia del traslado inicial, así como el que se realizó de manera posterior a Colfondos.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación afirmando que la ineficacia del traslado por omisión al deber de información debe sujetarse a lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, y en ese sentido las entidades competentes para declararla son las autoridades administrativas allí señaladas.

Indicó, que Colpensiones fue ajena al acto del traslado y a la omisión en el deber de información, por lo que aceptar el retorno de la actora al RPM contribuiría a la descapitalización del sistema pensional; que como quiera que el traslado de régimen se dio en 1999 no podía aplicarse normas posteriores a esa data que establecieron la doble asesoría.

Consideró, que la demandante si contó con la información necesaria para cambiarse de régimen pensional, teniendo en cuenta que realizó un traslado horizontal entre las administradoras del RAIS, máxime que esta era asesora de Colmena Seguros.

Solicitó, que en caso de confirmarse la decisión, se autorice a obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que se causen por asumir la obligación pensional de la demandante.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS interpuso recurso de apelación señalando que se oponía a la declaratoria de ineficacia del traslado del RPM al RAIS, porque esta se dio respetando el derecho a escoger libremente el fondo para administrar sus aportes en pensiones, siendo el RAIS su elección. Agregó, que los asesores de Colfondos le dieron una asesoría integral, veraz y completa sobre todas las implicaciones de su traslado horizontal, además sobre las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias, ventajas, desventajas, derecho de rentabilidad, derecho de retracto, y los requisitos para acceder a la pensión, por lo que considera que su consentimiento no estuvo viciado.

Sostuvo, que la demandante ratificó con sus propios actos, puntualmente con la vinculación a Colfondos su deseo de permanecer en el RAIS, ya que ella durante tantos años nunca manifestó inconformidad alguna. Sostuvo que en el presente asunto no se demostraron vicios en el consentimiento conforme el artículo 1508 del CC.

Finalmente, en lo que respecta a los gastos de administración, argumentó que estos no deben devolverse, porque son dineros ya causados, tienen una destinación específica y un porcentaje determinado conforme el artículo 20 de la Ley 100 de 1993. Y en lo que tiene que ver con la merma del patrimonio en la cuenta de ahorro individual de la actora, expuso que este fue un riesgo que asumió la afiliada, la cual, no era una persona lega y debía asumir su responsabilidad.

La **AFP PROTECCIÓN** interpuso recurso de apelación advirtiendo que el formulario de afiliación es un documento público al cual no se le puede restar valor probatorio en virtud del artículo 244 del CGP, ya que, la asesoría que se realizaba para el momento de la afiliación lo era de manera verbal y el único requisito para esa época según el artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993.

Expuso, que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, según la cual 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.

Señaló, que la demandante no probó que Protección la hubiese inducido en error, fuerza o dolo, y que era la actora quien debía asesorarse e informarse sobre los productos, revisar los términos y condiciones respecto de los contratos que estaba suscribiendo, obligación que le correspondía como consumidora financiera.

Respecto de la condena a devolver los gastos de administración y lo pagado por seguro previsional durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a esa AFP, señaló que había administrado los recursos con el mayor cuidado y diligencia lo que se podía constatar con los rendimientos financieros, por lo que no era procedente su devolución conforme las restituciones mutuas.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, AFP Protección y Colfondos, y en grado jurisdiccional de consulta a favor de esa misma entidad frente a lo que no fue materia de alzada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A., y posteriormente a Colfondos S.A., es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por la demandante en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión que: *i*) la señora MARTHA JEANNETTE SÁNCHEZ BARRERA se afilió al ISS donde aportó desde el 5 de noviembre de 1986 hasta el 31 de diciembre de 1994 la suma de 181,71 semanas (archivo 11 exp. Digital); *ii*) que el **25 de octubre de 1999** se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Colmena hoy Protección S.A. (f.º 37-38 archivo 6 exp. digital), el cual se hizo efectivo a partir del 1º de diciembre de 1999; y *iii*) que el 21 de marzo de 2007 se trasladó entre fondos privados mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Colfondos el cual se hizo efectivo a partir del 1º de mayo de 2007 (f.º 212 archivo 1 exp. digital), AFP en la que se encuentra actualmente.

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir

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

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

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

que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «*poder tomar decisiones informadas*».

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –25 de octubre 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 Colmena hoy Protección que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, 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, 1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

Por lo tanto, se hace necesario adicionar y modificar la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar a la AFPs PROTECCIÓN y COLFONDOS S.A., el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquellas, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado

al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

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

Por último, respecto de la autorización para reclamar perjuicios por vía judicial, se advierte que Colpensiones se encuentra en la libertad de interponer las acciones que considere necesarias en pro de resarcir los perjuicios que considere ocasionados, sin necesidad de autorización por parte de esta Corporación.

PRESCRIPCIÓN

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

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

COSTAS

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

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

RESUELVE:

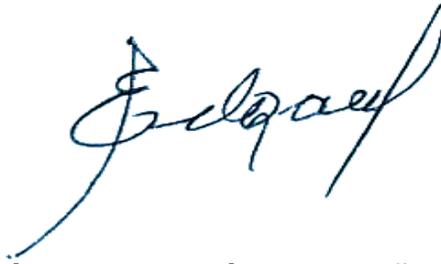
PRIMERO: ADICIONAR NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a:

- A la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.
- A COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

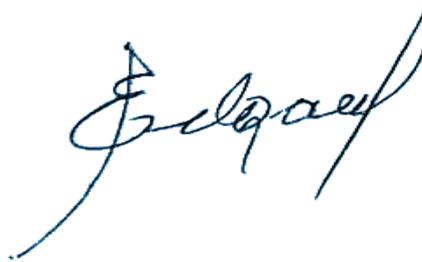
En uso de permiso
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

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



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente