

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial**Tribunal Superior del Distrito Judicial****Bogotá D. C.****SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL****DEMANDANTE: MANUEL RAMÓN VARGAS COLMENARES****DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. Y AFP PROTECCIÓN S.A.**

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 el señor **MANUEL RAMÓN VARGAS COLMENARES**, se **condene** a la AFP Protección S.A. a efectuar la nulidad de afiliación al régimen de ahorro individual desde el 1° de junio del año 1994, fecha en la que se hizo efectiva la afiliación, fecha desde la cual permaneció afiliado y cotizó hasta el día 31 de julio de 1999; a trasladar todos los valores que hubiere 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 C.C.; esto es, con los rendimientos que se hubieran causado al régimen de prima media con prestación definida Colpensiones, en caso de haber incurrido en la omisión de efectuar el traslado de la totalidad de los aportes cotizados, por ser más beneficioso, por cuanto el fondo no informó los beneficios y perjuicios de efectuar un cambio de régimen, situación que lo perjudicó; que se **condene** a la AFP Porvenir S.A. a partir del 31 de diciembre de 2013, a efectuar la nulidad de la afiliación del régimen de ahorro individual con solidaridad desde el 1° de agosto de 1999 hasta el 31 de diciembre de 2013; que se **condene** a la AFP Porvenir S.A. a partir del 31 de diciembre de 2013 a trasladar todos los valores que hubiere 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 C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieran causado al régimen de prima media con prestación definida Colpensiones, en caso de haber incurrido en la omisión de efectuar el traslado de la totalidad de los aportes cotizados, por ser más beneficioso, por cuanto el fondo no informó los beneficios y perjuicios de efectuar un cambio de régimen, situación que lo perjudicó; que se **condene** a Colpensiones a aceptar los valores mencionados y a reconocerle la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad, se condene a la AFP ING hoy Protección S.A. y a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. a partir del 31 de diciembre de 2013 al pago de perjuicios causados, los cuales se tasan en un valor igual al de las mesadas que le corresponderían en el régimen de prima media con prestación definida desde la fecha del retiro del servicio; que se **condene** ultra y extra petita y al pago de costas y agencias en derecho (f°55-56).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.° 56-65), señaló en síntesis que nació el 16 de septiembre de 1951; que ingresó a laborar en el mes de febrero de 1989; que al asesorarse con Colpensiones respecto de sus cotizaciones pensionales evidenció que su empleador inicial omitió su afiliación al sistema de pensiones del periodo laborado comprendido entre febrero de 1989 a octubre de 1992, razón por lo cual el reporte de semanas cotizadas en dicha entidad se vislumbra que su vinculación al sistema general de pensiones fue a partir del 2 de junio de 1993, contando para el 4 de junio de 1999 con 48,67 semanas de cotización.

Narró, que el día 18 de mayo de 1994, suscribió solicitud de afiliación o traslado con la AFP ING hoy Protección S.A.; que la persona que la asesoró omitió informarle de manera clara, completa y oportuna las ventajas y desventajas del traslado del régimen de prima media con prestación definida al RAIS, tampoco le informó que la mesa pensional que obtendría en la AFP sería menor y no se le efectuó un estudio premorizado y profundo respecto de su situación particular; el asesor le aseguró que en el RAIS obtendría una pensión antes de la edad exigida en el ISS y sin cotizar un mínimo de semanas; que radicó ante Protección S.A. y Porvenir S.A. solicitud de traslado de régimen el cual fue negado.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones contestó (f.° 166-183), oponiéndose a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los supuestos fácticos en los que estas se fundamentan, aceptó la fecha de nacimiento del demandante y edad que tenía al momento del traslado de

régimen, respecto de los demás hechos dijo no constarle; propuso como excepciones de fondo prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

La **AFP Protección S.A.** contestó (f.º 166-183), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del demandante y la fecha de afiliación a dicho fondo, en cuanto a los demás hechos dijo no ser ciertos los numerales 10 a 16, 27, 30 y 31, y no constarle los demás; propuso como excepciones de fondo inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro provisional 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 e 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.

La **AFP Porvenir S.A.** contestó (f.º 202-228), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos manifestó no ser ciertos los numerales 17 a 24, 28 a 31, y no constarle los demás; propuso como excepciones de fondo prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 20 de abril de 2021 (CD – f.º 242), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia en sentido estricto de la relación jurídica de afiliación y de cotización del demandante **MANUEL RAMÓN VARGAS COLMENARES** celebrada en su momento con la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS DAVIVIR** hoy **PROTECCIÓN S.A.** del 18 de mayo de 1994 formulario 035033, y la subsiguiente con la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.** del 1º de julio de 1999 formulario 0067779.

SEGUNDO: CONDENAR a **PORVENIR S.A.** siendo el último fondo, a la devolución de saldos de aportes, rendimientos y la devolución de gastos de administración de la cuenta de ahorro individual del demandante **MANUEL RAMÓN VARGAS COLMENARES** con destino a **COLPENSIONES**.

TERCERO: ORDENAR a **COLPENSIONES** a aceptar el traslado del demandante y a recibir el monto de aportes, saldos, rendimientos y gastos de administración, sin reconocimiento al régimen de transición al no tener derecho sobre el particular.

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas **COLPENSIONES** y **PORVENIR** de las demás súplicas de la demanda, y absolver a **PROTECCIÓN S.A.** de todas y cada una de las pretensiones incoadas.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por **PORVENIR** y **COLPENSIONES**.

SEXTO: SIN CONDENA EN COSTAS, en la instancia.

Fundamentó su decisión, haciendo una relación de las pruebas documentales allegadas al proceso; posteriormente, hizo referencia a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral relacionadas con la ineficacia del traslado, advirtiendo que el presente asunto debía abordarse desde esa perspectiva, sin que debiera analizar de manera genérica, impersonal o abstracta, sino que debía analizarse cada caso en particular.

Sostuvo que el deber de información radicaba en cinco columnas vertebrales contenidas en la sentencia CSJ SL 4360 de 2019, esto es: *i)* desde la creación de las administradoras de fondos de pensiones, éstas tienen el deber de brindar información del sistema pensional, *ii)* el grado de intensidad de esta obligación se ha transformado con el paso del tiempo de modo que corresponde a los jueces evaluar su cumplimiento en el momento histórico en que debía cumplirse, *iii)* el libre consentimiento en el formulario de afiliación no es suficiente para dar cumplimiento del deber de información y se requiere un consentimiento informado, *iiii)* la carga de la prueba de este corresponde al fondo de pensiones, *vi)* la violación del deber de información puede darse incluso si la persona tiene un derecho consolidado o si es o no beneficiario en el régimen de transición, o está cerca o no de pensionarse.

Bajo tales postulados, señaló que del formulario de afiliación y traslado suscrito por el demandante con la AFP Porvenir S.A. no se apreciaba ese deber de información respecto de las características, consecuencias, efecto y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo cual tampoco se había podido apreciar del formulario suscrito con la AFP Horizonte, advirtiendo que ese traslado de fondos dentro del mismo régimen no podía considerarse como ratificación de permanencia a dicho régimen, razón por la cual debía declararse la ineficacia del traslado por falta de información.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP Porvenir S.A.** interpuso recurso de apelación al considerar que no le asiste razón al fallador de primera instancia al declarar la ineficacia del traslado al incurrirse en el deber de información, cuando para el momento del traslado no era

obligatorio teniendo en cuenta la circular 1998, emitida por Superintendencia Financiera De Colombia, la cual tenía como única exigencia establecida a efectos de que se entendieran no solo materializados sino valido el traslado del régimen pensional que el afiliado expresará su voluntad a través del diligenciamiento del formulario, por lo que cumplió con todas las obligaciones a su cargo contenidas en el Decreto 663 de 1993, sin que tuviera la obligación de aportar documentos y proyecciones, ya que fueron exigencias que se dieron con las expedición de la Ley 1748 del 2014.

De otro lado, indicó que no es dable que se ordene la devolución de los gastos de administración, teniendo en cuenta lo dispuesto con el artículo 20, inciso segundo de la Ley 100 de 1993, debiéndose tener en cuenta que en el régimen de prima media se destina un 3% de la cotización a financiar los gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivientes, por lo que dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello, están sujetos a la prescripción.

Además, acotó que la Superintendencia financiera mediante concepto emitido el 15 de enero del 2020, se pronunció acerca de la devolución de los saldos en caso de que surgiera una ineficacia poniendo de presente que en estos eventos los únicos saldos a retornar hacía Colpensiones serían los saldos correspondientes a las cotizaciones y rendimientos; por lo que ordenar esta devolución ante Colpensiones se configuraría en un enriquecimiento sin justa causa, teniendo en cuenta que no hay norma expresa que ordene la devolución de los gastos de administración; pero sí existe norma como lo es el artículo 13, literal b.) de la Ley 100 de 1993, que menciona que los dineros a retornar cuando surge un cambio de régimen pensional son los dineros existentes por cotizaciones y por rendimientos, por lo que se evidencia que estos gastos no están llamados a financiar la pensión de vejez y no pertenecen al afiliado, sino al fondo privado como una contra prestación por su gestión.

Finalmente, consideró que debe declararse la excepción de prescripción respecto de los gastos de administración, primas de seguro y cualquier suma diferente al capital en la cuenta individual del afiliado o los rendimientos financieros por cuanto no corresponden a valores que pertenece a los afiliados en ninguno de los dos regímenes pensionales y no financian la pensión de vejez.

Colpensiones también interpuso recurso de apelación, arguyendo que en cuanto a lo referente a la devolución de gastos de administración no fue decretada u ordenada para la AFP Protección, debiéndose tener en cuenta las sentencias CSJ SL 31989, CSJ SL 7595-2017, CSJ SL 4989-2018 y CSJ SL 1421-2019, en las cuales se

ha dicho que cuando se declara la ineficacia del traslado hay lugar a reintegrar la totalidad de la cotización, es decir, los recursos de la cuenta individual, cuentas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales, porcentaje destinado al pago de seguros previsional y gastos de administración; es así que la devolución de gastos se torna en una consecuencia ante la ineficacia del traslado predicada en este fallo.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir S.A. y Colpensiones; y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión que: *i)* el señor Manuel Ramón Vargas Colmenares se afilió al ISS donde aportó desde el 5 de febrero de 1980 al 31 de marzo de 1998, un total de 130,86 semanas de cotización (f.º 145 CD); *ii)* que el 18 de mayo de 1994, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con ING hoy Protección S.A. (f.º 191) y posteriormente, se afilió a la AFP Horizonte Pensiones y cesantías hoy Porvenir S.A. el 1º de junio de 1999, en la que se encuentra actualmente (f.º 229).

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 – el 18 de mayo de 1994-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

La AFP Porvenir aportó al expediente el formulario de solicitud de afiliación y traslado suscrito el 1º de junio de 1999, del cual solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que la AFP cumplió con el deber de suministrar 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, lo cual tampoco demostró la AFP Protección quien ni siquiera aportó el formulario de afiliación, siendo la entidad que inicialmente efectuó el traslado de régimen.

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 SL1741-2021 en la que se reiteran las

sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

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

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

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

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

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

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

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

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 la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar tanto a la AFP Porvenir S.A. como Protección S.A., durante la permeancia del actor en cada una de ellas el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de ellas, 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 del 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 de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

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

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas 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: ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a las demandadas AFP Protección S.A. y AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones y ésta a su vez a recibir por parte de ellas, las cotizaciones recibidas en su integridad, por su parte Protección S.A. desde el 18 de mayo de 1994 y hasta el 31 de mayo de 1999 y Porvenir S.A. desde el 1° de junio de 1999 y en adelante; todos los valores que hubieren recibido, con motivo de la afiliación del demandante Manuel Ramón Vargas

Colmenares, esto es, 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, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

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

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 y la AFP Porvenir S.A., la suma de \$1.000.000, para cada una.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Édgar', with a long, sweeping horizontal stroke extending to the left.

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial**Tribunal Superior del Distrito Judicial****Bogotá D. C.****SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL****DEMANDANTE: ÁNGELA MARÍA LEÓN LOZADA****DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.**

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 **ÁNGELA MARÍA LEÓN LOZADA**, se **declare** la nulidad o ineficacia del traslado de régimen al RAIS a través de la afiliación realizada a la AFP Porvenir S.A., por el incumplimiento de los deberes legales de información y deber de asesoría, los cuales generaron un error de hecho que vicio el consentimiento, se declare que se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Como consecuencia, se **condene** a la AFP Porvenir S.A. a registrar en su sistema de información que su afiliación al RAIS fue ineficaz y estuvo viciada de nulidad por error de hecho, por el incumplimiento de los deberes legales de información, se condene a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos e intereses a que haya lugar; que se **condene** a Colpensiones a activar la afiliación en pensión, a actualizar en su historia laboral las cotizaciones efectuadas en el RAIS; se **condene** a las facultades ultra y extra petita, y al pago de costas y agencias en derecho (f° 4).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 5), señaló en síntesis que nació el 1° de agosto de 1963; que empezó a cotizar al sistema de pensiones a través del ISS desde el 1° de septiembre de 1986 hasta el 30 de septiembre de 1995, cotizando un total de 450,43 semanas.

Narró, que la AFP Porvenir S.A. la persuadió en noviembre de 1995, para que se vinculará a dicho régimen, haciéndole creer que era lo más conveniente y la indujo en error al hacerla creer que si no se trasladaba de régimen por la inminente liquidación del ISS perdería el tiempo de cotización; que no le informó las implicaciones que le traería trasladarse de régimen pensional, sobre las ventajas y desventajas de afiliarse al RAIS, los distintos escenarios comparativos de pensión en uno y otro régimen pensional y no le informó el capital que debía acumular para lograr una pensión de vejez en el RAIS.

Señaló que, en octubre de 2017, a través de un análisis actuarial se enteró de las implicaciones y perjuicios que había traído para su mesada el hecho de haberse trasladado de régimen, en razón a ello, el 10 de agosto de 2018, solicitó a la AFP Porvenir S.A. la anulación de su afiliación a dicho fondo; el mismo día, mes y año solicitó ante Colpensiones activará su afiliación a dicho fondo; sin embargo, ninguna de las entidades ha accedido a sus peticiones.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones contestó (f° 72-75), oponiéndose a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los supuestos fácticos en los que estas se fundamentan, aceptó edad de la demandante, afiliación a dicho régimen, semanas cotizadas y solicitud de traslado, en relación a lo demás hecho dijo no constarle; propuso como excepciones de fondo prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

Porvenir S.A. Contestó (f° 100-108), oponiéndose a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos reconoció la fecha de nacimiento de la demandante y solicitud de traslado; en cuanto a los demás dijo no constarle los numerales 2 a 9 y 22, y no ser ciertos los demás; propuso como excepciones de fondo prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin justa causa e innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 5 de febrero de 2021 (CD f°214), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que hiciere la demandante ÁNGELA MARÍA LEÓN LOZADA a través de la AFP PORVENIR S.A. en noviembre de 1995, por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES la totalidad el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades que tenga en su poder, por lo expuesto precedentemente.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a tener como afiliada a la actora, recibir los dineros referidos en el numeral anterior y a actualizar la historia laboral de la demandante, conforme a lo antes visto.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas, conforme a lo antes visto.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada PORVENIR S.A. incluyéndose como agencias en derecho en esta instancia, el equivalente a 1 SMLMV.

Como fundamentó su decisión, hizo referencia a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, relacionada con el tema de la ineficacia del traslado, frente a lo cual indicó que la misma se había ocupado en señalar que los fondos de pensiones tienen que brindar a los afiliados una información suficiente, completa y clara sobre las reales implicaciones que le conllevarían dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras; igualmente, citó la evolución normativa respecto de ese deber de información, trayendo a colación la sentencia de la CSJ respecto de la carga procesal de los fondos de pensiones.

Consideró que en el presente asunto le correspondía a Porvenir la carga de la prueba demostrando que al momento de la afiliación cumplió con ese deber de información, actuación que en este proceso brillaba por su ausencia, toda vez que las pruebas documentales arrimadas al plenario solo daban cuenta de la afiliación, el cual consistía en un formulario pre impreso que no daba certeza de que a la actora se le hubiera suministrado una información clara y completa respecto a las consecuencias que implicaba el cambio de régimen pensional; tampoco era prueba suficiente la documental obrante a folio 124 en el que se indicó a la demandante que dicha entidad realizó exhaustivos procesos de capacitación y formación a sus funcionarios en relación con el funcionamiento del sistema general de pensiones, pues no existía prueba de ello; del interrogatorio de parte efectuado a la demandante no se advertía

confesión alguna, que si bien dijo que realizó aportes voluntarios, ello lo hizo con posterioridad a su traslado, pero no porque el asesor se lo hubiera dicho al momento de la afiliación a dicho fondo.

Resaltó que, si bien la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, en la ineficacia del traslado no está relacionada de manera alguna con una expectativa de pensión o un derecho causado, pues ello según dijo la Corte, no está consagrado ni en la legislación ni en la jurisprudencia para que proceda la ineficacia del traslado por incumplimiento del deber de información, razón por lo cual se accedió a lo pretendido en la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir S.A. manifestó su inconformidad señalando que la demandante hizo un cambio de régimen en el año 1995 de forma libre y voluntaria en la cual se le brindó una información oportuna y completa. Enfatizó que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y no hizo ningún trámite para retornar al régimen de prima media; debiéndose tener en cuenta que cuando se declara la ineficacia ello consiste en que son actos que atentan contra la afiliación de un trabajador; por lo tanto, exige una conducta dolosa la cual no fue alegada dentro del proceso.

Sostuvo, que el formulario no es un simple formato, sino que nace de la Ley 100 de 1993, en su artículo 114, por lo que no puede restársele ningún valor probatorio, máxime cuando es un documento público que se presume auténtico y no fue tachado de falso. Aunado a que la demandante está inmersa en una prohibición legal lo cual no puede ser pasado por alto; también debe validarse la carga de la prueba respecto de estos aspectos, por cuanto se impone una carga imposible de probar, siendo la parte actora quien debe probar sus pretensiones y no solamente hacer manifestación indefinidas, que son las que le recalcan a la entidad.

En cuanto a los gastos de administración, dijo que los mismos se encuentran contemplados en la Ley 100 de 1993, los cuales no financian la pensión de vejez, de manera que se encuentran prescritos; trae a colación concepto emitido por la Superintendencia Financiera en el cual se señaló que las únicas sumas a retornar son los aportes, sin que proceda la devolución de primas de seguros, ya que la compañía de seguros cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza; debiéndose tenerse en cuenta que al retornarse dichos conceptos se estaría frente a un enriquecimiento sin justa causa; recalcó además que

si se declara la ineficacia del traslado se entiende que todo vuelve a su estado anterior, entonces debe devolverse también los rendimientos, lo cual da lugar a una igualdad entre las partes.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión que: *i)* la señora Ángela María León Lozada a se afilió al ISS donde aportó desde el 1° de septiembre de 1986 al 30 de abril de 1995, un total de 442 semanas de cotización (CD f° 80); y *ii)* que el 2 de noviembre de 1995, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir S.A. (f° 110), entidad en la cual se encuentra afiliada actualmente.

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

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

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

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP

desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de «*suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado*», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «*Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones*», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «*poder tomar decisiones informadas*».

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

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

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

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

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo

con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad – el 2 de noviembre de 1995-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera 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.

La AFP Porvenir aportó al expediente el formulario de solicitud de afiliación y traslado suscrito 2 de noviembre de 1995, del cual solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que la AFP cumplió con el deber de suministrar a la afiliada una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocrinó:

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

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

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

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

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

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 afiliada, carga probatoria que le correspondía como se tiene adocrinado 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.

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 la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar tanto a la AFP Porvenir S.A, durante la permeancia de la actora en está el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de ella, 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 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 vulnera el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

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

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandada Porvenir S.A. 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 el ordinal segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a la demandada AFP Porvenir a trasladar a Colpensiones y ésta a su vez a recibir por parte de ella, las cotizaciones recibidas en su integridad y todos los valores que hubieren recibido, con motivo de la afiliación de la demandante Ángela María León Lozada, durante su permanencia en ella; esto es, 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, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

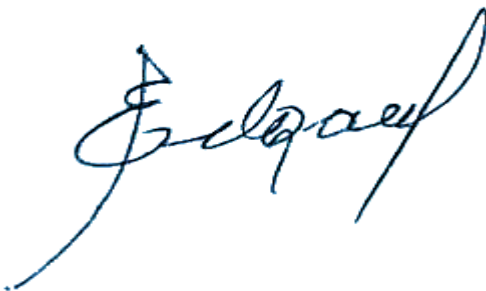
En uso de permiso
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A., en la suma de \$1.000.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial**Tribunal Superior del Distrito Judicial****Bogotá D. C.****SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL****DEMANDANTE: SANDRA YEPES LADINO****DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN S.A.**

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 **SANDRA YEPES LADINO**, se **declare** la nulidad de la afiliación del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, que se realizó el 12 de febrero de 2001, con la AFP Santander Pensiones y Cesantías S.A. que en la actualidad se fusionó con la AFP Protección S.A.; por existir engaño y por haber asaltado su buena fe, induciéndola en error y viciando su consentimiento para que se trasladará al RAIS; se **ordene** a la AFP Protección S.A. retornarla junto con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que hubieren causado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; se **ordene** a Colpensiones a recibirla en el régimen de prima media con prestación definida y mantenerla como afiliada desde el 13 de noviembre de 1991, sin solución de continuidad; se **condene** a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho, y se haga uso de las facultades ultra y extra petita (Exp. Digital numeración 001-pág.55-56).

Como hechos fundamento de las pretensiones (Exp. Digital numeración 001-pág.55-58), señaló en síntesis, que nació el 18 de octubre de 1966; que estuvo afiliada al ISS desde el 11 de noviembre de 1991 hasta el 31 de diciembre de 1997, acumulando un total de 236,57 semanas cotizadas.

Narró, que el mes de febrero de 2001, los asesores de la AFP Santander hoy en día Protección S.A., le presentaron el nuevo régimen pensional, recibiendo un acoso constante por parte de aquellos promotores, quienes le ofrecieron beneficios superiores a los que podría obtener con el régimen de prima media con prestación definida; que nunca le indicaron que el hecho de trasladarse le generaría una pérdida en los beneficios ya adquiridos en su momento con el ISS, induciéndola la AFP a engaño y error, viciando su consentimiento, al ofrecerle mejor rentabilidad y que se podía pensionar cuando ella quisiera, omitiendo darle una información completa, eficaz y eficiente de lo que contraería el cambiarse el cambiarse de régimen.

Agregó, que continuó cotizando desde el mes de febrero de 2001 hasta septiembre de 2018, acumulando un total de 917,72 semanas cotizadas en el RAIS, acumulando un total en ambos regímenes de 1,154.29 semanas; indicó que en razón de lo anterior, el 26 de diciembre de 2018, radicó ante la AFP Protección S.A. el retorno de régimen, la que fue negada; igualmente presentó la misma solicitud a Colpensiones quien respondió que no era posible el traslado. Sostuvo, que al realizar una simulación pensional en la AFP Protección S.A. obtendría a los 57 años de edad \$828.116 y en Colpensiones \$3.834.169.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones contestó (Exp. Digital numeración 001- pág.131-144), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los supuestos fácticos en los que estas se fundamentan, reconoce la fecha de nacimiento de la demandante, ciclos aportados y semanas cotizadas en dicha entidad, y solicitud de traslado que presentó la actora ante la entidad la cual fue negada; respecto de los demás hechos, dijo no ser ciertos los numerales 8 y 9, y no constarle los demás. Propuso como excepciones de fondo validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por Acto Legislativo 01 de 2005, prescripción e innominada o genérica.

AFP Protección S.A. contestó (Exp. Digital numeración 001- pág.109-116), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, admitió fecha de afiliación a dicho fondo, semanas cotizadas y solicitud traslado de régimen presentado por la actora, así como su negativa; respecto de los demás supuestos fácticos, dijo no ser ciertos los numerales 1, 12, 13 y 15, y no constarle los restantes. Propuso como excepciones de fondo validez de la afiliación a Protección, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción e innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, quien avocó conocimiento del proceso en virtud de los Acuerdos PCSJA20-11686 del 10/12/2020 y CSJBTA20-109 del 31/12/2020; mediante sentencia del 10 de marzo de 2021 (Exp. Digital numeración 012), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que de régimen pensional realizó la demandante **SANDRA YEPES LADINO** del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **SANTANDER** hoy **PROTECCIÓN S.A.**

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

TERCERO: ORDENAR a **PROTECCIÓN S.A.** a reintegrar a **COLPENSIONES** de su propio patrimonio los deterioros sufridos por los recursos administrados a la actora incluidos gastos de administración durante todo el tiempo que ella ha permanecido en el RAIS.

CUARTO: ORDENAR a **COLPENSIONES** que acepte a la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, reactive su afiliación al régimen sin solución de continuidad y corrija su historia laboral conforme con los dineros que le sean trasladados por **PROTECCIÓN S.A.**

QUINTO: DECLARAR no **PROBADAS** las excepciones de mérito propuestas.

Como fundamento de su decisión, indicó que el traslado de régimen que realizó la demandante no surtía ningún tipo de efecto por disposición del mismo legislador, en la medida que la AFP omitió el deber de información en la etapa precontractual; advirtió que en el presente asunto no operó el fenómeno de la prescripción.

Acotó, que llegó a la anterior decisión teniendo en cuenta la normatividad relacionada con el tema y las sentencias proferidas por la CSJ Sala de Casación

Laboral, arguyendo que si bien era cierto que para el momento en que la demandante realizó su traslado de régimen en el año 2001, no se había expedido aún la Ley 1328 de 2009, ni la Ley 795 de 2013, que ajustó las normas del estatuto orgánico del sistema financiero o el Decreto 2071 de 2015, sobre protección al consumidor financiero; ello en ningún caso podía significar la inexistencia del deber de información, atendiendo los postulados de buena fe y confianza legítima en todo tipo de relaciones negociables y además atendiendo el contenido de algunas normas que imponían el deber de información a los fondos de pensiones y que se consideraban estaban plenamente vigentes para el momento en que se realizó el traslado como el literal b.), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, artículo 106 de la misma normatividad y Decreto 663 de 1993.

Concluyó, que a la AFP le correspondía la carga de la prueba respecto de ese deber de información al momento del traslado, sin que hubiera aportado prueba que acreditará dicha obligación, existiendo una omisión injustificada de dicho fondo de pensiones, sin que se pudiera tener por acreditado con la simple suscripción de un formulario pre impreso.

RECURSO DE APELACIÓN

Protección S.A. interpuso recurso de apelación en relación al numeral tercero de la decisión, en donde argumentó que teniendo en cuenta que durante la permanencia de la demandante al RAIS la entidad administró los dineros que depositó en su cuenta de ahorro individual, gestión que realizó con la mayor diligencia y cuidado posible, los cuales se vieron reflejados en los rendimientos financieros generados; por consiguiente, en este caso únicamente sería aplicable la devolución de los aportes que tuviera la demandante en su cuenta de ahorro individual, pero no lo que se descontó por comisión de administración, toda vez que se trató de comisiones ya causadas durante la administración de estos dineros y los descuentos realizados son conforme a la ley, lo cual también ocurriría si no se hubiera trasladado de régimen.

Señaló, que si la consecuencia de la ineficacia es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido debe entenderse que el contrato de afiliación nunca existió y, por ende, Protección nunca administró los dineros de la cuenta de ahorro de la demandante; por lo tanto, los rendimientos nunca se causaron, frente a lo cual debe tenerse en cuenta el artículo 1746 del Código Civil que habla de las restituciones mutuas, con base en ello aunque se declare que la ineficacia, no se puede desconocer el bien administrado que generó unos frutos y unas mejoras, los cuales fueron los rendimientos de la demandante de su cuenta de ahorro individual, de suerte que, al

devolverse a Colpensiones los aportes, rendimientos y lo descontado por comisión de administración, se está constituyendo en un enriquecimiento sin causa, vulnerándose el derecho de igualdad y privilegiándose a una de las dos partes del contrato.

Colpensiones también manifestó su inconformidad en la decisión de primera instancia refutando que la misma no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, entendiendo que ese ente es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre la actora y Protección, frente a lo cual debe tenerse en cuenta que todos los actos jurídicos tienen efectos *inter partes*, por lo que independiente de la decisión que adoptó la juez la entidad no puede ser favorecida, ni perjudicada; solicitó se condene a la entidad Protección S.A. a tener como afiliada a la demandante a dicho régimen, ya que de no ser así se estaría afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones el cual fue establecido por el artículo 48 de la Constitución Política, debiendo tenerse en cuenta el impacto que se tendría en la reserva pensional que día tras día, tal y como se ha venido afectando de manera excesiva con este tipo de procesos; además de tenerse en cuenta que la demandante se encuentra en la prohibición contemplada en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

Recalcó, que en caso de confirmarse la decisión de primera instancia debe devolverse la totalidad de la cuenta de ahorro de la demandante; esto es, recursos, cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas a los fondos de garantías mínimas, rendimientos, anulación de bonos pensionales, porcentajes destinados al pago de seguros pensionales y gastos de administración, además se reconozcan los perjuicios económicos que generan para la entidad.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Protección S.A. y Colpensiones; y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, 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 aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión que: i) la señora Sandra Yepes Ladino se afilió al ISS donde aportó desde el 13 de noviembre de 1991 al 31 de diciembre de 1997, un total de 236,57 semanas de cotización (Exp. Digital numeración 001, pág. 14); ii) que el 12 de febrero de 2001, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Santander Pensiones y Cesantías hoy Protección S.A., entidad que la cual se encuentra afiliada actualmente.

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

Igualmente se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo,

experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

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

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

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, 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.

La AFP Porvenir aportó al expediente el formulario de solicitud de afiliación y traslado suscrito el -12 de febrero de 2001-, del cual solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que la AFP cumplió con el deber de suministrar a la afiliada una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

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

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, 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 la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar tanto a la AFP Protección S.A., durante la permeancia de la actora el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de ellas, 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 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 vulnera el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

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

COSTAS

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia proferida por el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a la demandada AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir

por parte de ella, las cotizaciones recibidas en su integridad, todos los valores que hubieren recibido, con motivo de la afiliación de la demandante Sandra Yepes Ladino, esto es, 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, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

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

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 y AFP Protección S.A., en la suma de \$1.000.000, para cada una.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Édgar', with a stylized flourish extending from the bottom left.

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL****DEMANDANTE: LIGIA CARMENZA GAITÁN GARCÍA
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

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 **LIGIA CARMENZA GAITÁN GARCÍA** se **declare** la ineficacia del traslado y su afiliación al régimen de ahorro individual, ante la omisión de la AFP Porvenir S.A. del deber profesional de información, se **ordene** su traslado y afiliación a Colpensiones como consecuencia de la anterior declaratoria de ineficacia, manteniendo su régimen pensional anterior al momento del traslado al fondo privado, de acuerdo con el principio de favorabilidad, como si nunca se hubiera ido de dicho régimen; que como consecuencia de lo anterior, se **declare** que conserva el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y Ley 71 de 1988; que se **condene** a la AFP Porvenir S.A. a la devolución a Colpensiones de todos los valores que recibió con motivo de la afiliación o traslado de la demandante, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil (sentencia SU-062 de 2010), sin descontar ningún valor por mesadas pagadas, gastos de administración o cualquier otro, debiendo asumir dicho fondo con su propio patrimonio la disminución en el capital

de financiación de la pensión por el pago de las mesadas o por los gastos de administración o cualquier otro que ese hubiere generado en aplicación del artículo 963 del Código Civil; se **condene** a la AFP Porvenir S.A. (fondo de pensión actual) a seguir pagando la pensión otorgada al demandante hasta tanto sean trasladada por el Fondo demandado todos los recursos a Colpensiones para financiar la deuda pensional y sea incluida en nómina de pensionados por éste, con el propósito de que no quede desprotegida de su derecho pensional.

De igual forma, solicitó que se **condene** a Colpensiones a expedir el acto administrativo respectivo de reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del cumplimiento de los requisitos, de acuerdo con el régimen de transición del cual es beneficiaria y el que resulte más favorable, junto con el retroactivo respectivo, y adelante, teniendo en cuenta las cotizaciones que realizó a esa entidad de seguridad social y las cotizaciones en los diferentes fondos privados el RAIS, descontando del retroactivo los valores de las mesadas que ya fueron pagados por el fondo privado de pensiones en el RAIS; que se **ordene** a Colpensiones que los descuentos en salud sobre el retroactivo pensional, se realicen únicamente sobre el valor asumido por éste por las diferencias pensionales pagadas; que se **condene** a Colpensiones a pagar intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por la mora en el pago de las diferencias pensionales a partir de la primera mesada pensional y teniendo en cuenta la reclamación presentada al respecto y a futuro hasta que se verifique el pago de la pensión, que se **condene** a las demandadas de manera solidaria y mancomunada a pagarle a título de indemnización por el traslado realizado sin consentimiento informado, el valor de las mesadas que eventualmente se declaren prescritas, se **condene** a las demandadas al pago de costas del proceso que incluyan agencia en derecho según lo estipulado el artículo 365 del Código General del Proceso y por los acuerdos expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura, se **declare** y **condene** a todo lo ultra y extra petita que resulte probado (f° 6-7).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.° 2-6), señaló en síntesis que realizó aportes al sistema de seguridad social en pensiones mediante la Caja de Previsión Social Municipal a partir del 18 de septiembre de 1979, laborando para el Municipio de Fusagasugá, posteriormente realizó aportes a Colpensiones desde el 14 de abril de 1987; que como consecuencia de la publicidad y de la gestión realizada por los Fondos de Pensiones, se trasladó de régimen pensional en el que se encontraba al RAIS afiliándose a Porvenir S.A. el 27 de febrero de 1998.

Indicó, que la AFP Porvenir S.A. a través de su asesor al momento de la afiliación y traslado solamente se limitó a llenar un formato preestablecido, 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 en el cual se encontraba afiliada y sus implicaciones sobre los derechos pensionales que debía tener en cuenta para tomar la decisión del cambio de régimen de pensiones; no le entregó proyecciones, ni comparativos de lo que sería el valor de la pensión tanto el régimen de prima media como el RAIS; entre otra información importante previo a efectuarse el traslado; como consecuencia de ello, solicitó a la AFP Porvenir S.A. que le diera copia de los documentos que le entregó para haber tomado la decisión del traslado de régimen, pero dicho fondo no le entregó ningún documento; situaciones que la llevaron a solicitar a Colpensiones y Porvenir S.A. la anulación del traslado, solicitudes que fueron negadas.

Agregó, que fue pensionada en el RAIS por parte de Porvenir S.A., entidad que le otorgó una pensión en la modalidad de retiro programado equivalente a \$865.904 mensuales, la cual viene percibiendo desde mayo de 2018; que en el caso de haber seguido cotizando el régimen de prima media el monto de su pensión sería de \$3.366.799. En cuanto al régimen de transición, refirió que nació el 16 de julio de 1957, por lo que al 1° de abril de 1994, tenía 36 años de edad; al 25 de julio de 2005, tenía 1,448 semanas o su equivalente en tiempo de servicio, por lo que dicho régimen de transición se mantuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 2014.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.° 258 a 266), oponiéndose a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los supuestos fácticos en los que estas se fundamentan, aceptó la afiliación a dicho fondo a partir del 1987, la solicitud que hizo la demandante para el traslado y la negativa que dio la entidad; igualmente reconoce que la demandante era beneficiaria del régimen de transición; en cuanto a los demás hechos dijo no constarle; formuló como excepciones de fondo prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, y declaratoria de otras excepciones.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (f.° 301-333), oponiéndose a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los supuestos fácticos en los que estas se fundamentan, dijo no ser ciertos los numerales 4 a 7, 20, 21, 24 y 28, en relación a los

demás dijo no constarle; propuso como excepciones de fondo prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 4 de marzo de 2021 (f.º 405 CD), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESATÍAS PORVENIR, de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción por la señora demandante LIGIA CARMENZA GAITÁN GARCÍA, en estos términos declarar demostradas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, propuestas por estas partes demandadas.

[...]

El Juzgado de primera instancia, **basó su decisión fundamentalmente** en que en el expediente se encontraba probado que la demandante: *i)* nació el 16 de julio de 1957; *ii)* se afilió al régimen de prima media en la Caja de Previsión Social Municipal del 18 de septiembre de 1979 al 4 de diciembre de 1986, posteriormente, hizo aportes a Colpensiones donde cotizó desde el 14 de abril 1987 hasta el 5 de agosto de 1994; *iii)* se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de Porvenir S.A. el 27 de febrero de 1998; y *iv)* Porvenir S.A., le reconoció una pensión de vejez en la modalidad de retiro programado desde el 3 de mayo de 2018, en cuantía de \$828.116 para el año 2019.

De conformidad con lo anterior, indicó que de acuerdo con la sentencia CSJ SL 373-2021, en la cual se hace relación de una persona beneficiaria del régimen de transición y a quien se le reconoció la pensión de vejez, al aplicarse dicha línea jurisprudencial era dable concluir la improcedencia de las pretensiones dadas, independiente de que se hubiera dado o no el deber de información, dado que ya se había consolidado un estatus de pensionada siendo imposible retrotraer las cosas a su estado anterior.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante**, a través de su apoderada judicial interpuso recurso de apelación, solicitando tener en cuenta lo establecido la Corte Constitucional en sentencia SU 354 de 2017, en la cual establece que el precedente judicial es la sentencia o conjunto de ellas a un caso determinado por su pertenencia y semejanza

en los problemas jurídicos resueltos los cuales deben considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo; sin embargo, dicha Corporación también menciona que cada ente judicial puede emitir sus decisiones y apartarse del precedente de acuerdo al caso en concreto; en el caso de la demandante se ruega apartarse de la sentencia CSJ SL 373 del 2021, teniendo en cuenta que al momento de la afiliación al RAIS, no se logra demostrar que hubiera existido una plena eficacia o validez al momento de trasladarse de régimen pensional; igualmente las circunstancias que la llevaron a pedir el reconocimiento de la pensión en el año 2018, fue que ya contaba con más de 60 años de edad y fue su empleador quien la motivo a solicitar el reconocimiento de la pensión ya que no podía mantener el contrato laboral, necesitando unos ingresos para poder sobrevivir, lo cual la obligó a pensionarse.

Aunado a lo anterior, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con más de 35 años de edad, manteniendo el régimen de transición hasta el 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, toda vez que tenía alrededor de 1,484 semanas de cotización y para el 31 de diciembre de 2014, contaba con más de 37 años de edad y más de 1,250 semanas de cotización; lo que hace que sea beneficiaria del régimen de transición.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

Los supuestos fácticos probados y determinados por el *a quo* que permanecen incólumes en esta instancia por no haber sido objeto de recurso, los cuales son que la demandante: *i*) nació el 16 de julio de 1957; *ii*) se afilió al régimen de prima media en la Caja de Previsión Social Municipal del 18 de septiembre de 1979 al 4 de diciembre de 1986, posteriormente, hizo aportes a Colpensiones donde cotizó desde el 14 de abril 1987 hasta el 5 de agosto de 1994; *iii*) se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de Porvenir S.A. el 27 de febrero de 1998; y *iv*) Porvenir S.A., le reconoció una pensión de vejez en la modalidad de retiro programado desde el 3 de mayo de 2018, en cuantía de \$828.116 para el año 2019.

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En ese sentido, advierte la Sala que de las pruebas documentales e interrogatorio de parte rendido por la demandante, no se extrae que Porvenir S.A. hubiese cumplido con su deber de proporcionar información clara, cierta, comprensible y oportuna antes de la suscripción del formulario de traslado del demandante, acerca de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, ni un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, ni explicación sobre las consecuencias jurídicas del traslado, tal como se desprende del acervo probatorio, y por lo tanto, es claro que la demandante desconocía para esa fecha, 27 de febrero de 1998, sobre la incidencia que el traslado podía tener frente a sus derechos prestacionales, y en especial sobre la pérdida del régimen de transición, lo que implicaría la ineficacia del traslado; no obstante, como la demandante ostenta la condición de pensionada, circunstancia que de acuerdo con la reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL 373-2021, reiterada en CSJ SL3871-2021 y CSJ SL 3707-2021, no permite volver las cosas al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el acto de traslado, como quiera que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer.

Para la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 373-2021, *“No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades*

que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto”; citando como razones las siguientes:

Desde el **punto de vista de los bonos pensionales**, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el **ángulo de las modalidades pensionales**, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

[...]

Si **se trata de una garantía de pensión mínima**, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requeriría la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide **pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993)**, en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos. (subrayado fuera del texto original)

De otro lado, consideró que «[...] *si un pensionado lesionado en la cuantía de la pensión por el incumplimiento del deber de información (culpa) por parte de las AFP, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la*

administradora, para que el juez adopte las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado, para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados»; sin embargo, tampoco condenó a la indemnización porque el demandante no lo pretendió en la demanda inaugural.

En el caso bajo examen, se encuentra demostrado que la señora LIGIA CARMENZA GAITÁN GARCÍA viene percibiendo su mesada pensional a partir desde el 3 de mayo de 2018, prestación que le fue reconocida por parte de la AFP Porvenir S.A. Así las cosas, la calidad de pensionada que ostenta la actora es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico que no es razonable revertir o retrotraer; por ende, se confirmará la decisión de primera instancia en todas sus partes, toda vez que no se trata de una situación excepcional para que esta Sala de decisión pueda apartarse del precedente jurisprudencial anteriormente señalado.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante, como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

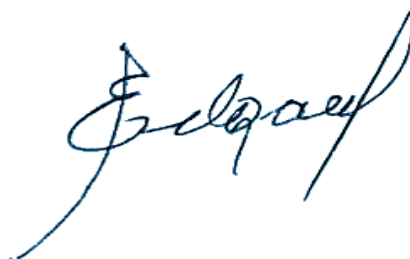
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

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 la parte demandante en la suma de \$500.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MARTHA STELLA COVELLI ESCOBAR
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, AFP PROTECCIÓN S.A. Y AFP COLFONDOS S.A.**

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 STELLA COVELLI ESCOBAR**, se **declare** la nulidad o ineficacia de la afiliación realizada el 1° de noviembre de 1994 al RAIS a través de Colfondos S.A. y los traslados entre administradoras; que la única afiliación válida al sistema general de pensiones es la efectuada al ISS hoy Colpensiones, se condene a Colpensiones a reconocer y pagar la reliquidación de la pensión de vejez en cuantía del 87% del IBL; se **condene** a Colpensiones a reconocerle y pagarle el retroactivo pensional a que haya lugar y sus respectivos reajustes; a reconocerle y pagarle intereses moratorios sobre las mesadas pensionales atrasadas de conformidad con lo establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; al pago de costas y agencias en derecho, y se haga uso de las facultades ultra y extra petita (f° 3-4).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 4 -6), señaló en síntesis que nació el 11 de diciembre de 1954; que es beneficiaria del régimen de transición; que cumplió los 55 años de edad el 11 de diciembre de 2009; que cotizó al ISS hoy Colpensiones a través de empleadores privados de manera interrumpida entre el 7 de

abril de 1980 al 30 de abril de 2016; que cotizó para Colpensiones 1,219.57 semanas y que cotizó tiempos públicos no cotizados al ISS, para un total de 162,42 semanas.

Relató, que se afilió al RAIS el 1° de noviembre de 1994 a través de la AFP Colfondos S.A., momento en cual no recibió asesoría ni un buen consejo por parte de dicha entidad, no le informaron sobre las condiciones y requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en el RAIS, no le informaron que la redención de su bono pensional sería al cumplimiento de la edad de 60 años, no se le entregó la información necesaria para escoger la mejor opción del mercado a través de elementos de juicios claros y objetivos.

Indicó, que se trasladó a la AFP Porvenir S.A. el 6 de septiembre de 2001 y se trasladó nuevamente al régimen de prima media administrado por Colpensiones el 1° de diciembre de 2014; que Colpensiones le reconoció la pensión de vejez a través de resolución GNR 169234 del 10 de junio de 2016, a partir del 1° de junio de 2016 en cuantía inicial de \$5.996.660; que mediante resolución GNR 299465 del 11 de octubre de 2016, Colpensiones modificó el valor de la mesada pensional estableciendo su cuantía en \$6.039.891 con base en el 64,73% del promedio de las cotizaciones de los 10 últimos años conforme lo señalado por la Ley 797 de 2003; que mediante resolución VPB 45482 del 23 de diciembre de 2016, Colpensiones reliquidó nuevamente la pensión de vejez estableciendo la cuantía en la suma de \$6.047.106; que nuevamente solicitó la reliquidación de su mesada pensional el 28 de junio de 2019.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones contestó (f°134-138), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los supuestos fácticos en los que estas se fundamentan, reconoció fecha de nacimiento de la demandante, semanas cotizadas en dicho régimen, traslado al régimen de prima media, reconocimiento de la pensión de vejez por parte de la entidad y emisión de los diferentes actos administrativos que reliquidaron su mesada pensional; en cuanto a los demás hechos, dijo no ser ciertos los numerales 2 y 4, y no constarle los demás; propuso como excepciones de fondo prescripción y caducidad, cobro de lo no debido y declaratoria de otras excepciones.

Colfondos S.A. Contestó (f°71-73), solo se opuso a las pretensiones relacionadas con la condena en costas y condenas ultra y extra petita, en cuanto a las demás se allano a las mismas; en relación a los hechos dijo ser ciertos los numerales

1 y 7, no ser ciertos los numerales 8 a 16 y no constarle los demás; y propuso excepciones de fondo.

Protección S.A. contestó (f°103-109), oponiéndose a las pretensiones de la demanda; en relación a los hechos dijo ser ciertos los numerales 1, 3 y 17, en cuanto a los demás manifestó no constarle; propuso como excepciones de fondo hecho superado, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción e innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 17 de marzo de 2021 (CD f° 171), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz la afiliación o traslado efectuado por la señora demandante **MARTHA STELLA COVELLI ESCOBAR** del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, el día 1° de noviembre de del año mil novecientos noventa y cuatro (1994), a través de la administradora COLFONDOS y los traslados horizontales que hizo en dicho régimen, y como consecuencia de lo anterior **CONSIDERAR** y **DECLARAR** para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual, y por ende **DECLARAR** que la misma es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dada la consecuencia natural de esta ineficacia. Todo lo anterior conforme se expuso en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** al reconocimiento y pago a favor de la señora demandante de la prestación pensional reconocida mediante resolución No. 169234 del día 10 de junio del año 2016 reliquidada por primera vez con resolución No. 299465 del 11 de octubre de 2016 y reliquidada mediante resolución VPB 45485 del 23 de noviembre de 2016, a reconocerle en un valor de **OCHO MILLONES CUATROCIENTOS SIETE MIL OCHOCIENTOS CUARENTA PESOS (\$8.407.840)** y no el valor allí reconocido de seis millones cuarenta y siete mil ciento seis pesos (\$6.047.106), ordenado pagar en trece mesadas pensionales como se le reconoció a la señora demandante la pensión y las diferencias que se han venido causando mes a mes, entre el valor inicialmente reconocido y el que corresponda al momento de la inclusión en nómina, para el efecto se dispone hacer los incrementos que conforme al artículo 14 de la Ley 100 de 1993 ha dispuesto el Gobierno Nacional año a año a este nuevo valor pensional hasta su inclusión en nómina con el valor que corresponda. Estas diferencias reconocidas a favor de la señora demandante y que no se encuentran afectadas por el fenómeno jurídico de la prescripción conforme se analizó, se pagarán debidamente indexadas, desde la fecha de causación de cada una hasta su momento efectivo de pago.

TERCERO: AUTORIZAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** que conforme lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, descuento de dicho retroactivo lo correspondiente a los aportes a la seguridad social en salud.

CUARTO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de las diferencias de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al día veintinueve (29) de junio del año dos mil dieciséis (2016), conforme se expuso en la parte motiva. **DECLARAR** probada la excepción de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación respecto de los intereses moratorios solicitados y absolver de estos a la parte demandada.

QUINTO: NO CONDENAR en costas ni a favor, ni en contra a las **AFPS COLFONDOS Y PROTECCIÓN S.A.**, conforme a lo expuesto en la parte motiva. **CONDENAR EN COSTAS** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a favor de la parte actora, para el efecto se fijan como agencias en derecho a su cargo, lo correspondiente a **CUATRO (4) SMLMV** para el año 2021.
[...]

Como fundamentó su decisión, hizo relación a la excepción de cosa juzgada que fue propuesta por Colpensiones, en la que señaló que de conformidad con la demanda instaurada por la demandante ante el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá se había solicitado por parte de la demandante se declarará que era beneficiaria del régimen de transición y en consecuencia, se condenará al reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990; por lo tanto, le fuera reliquidada su mesada pensional teniendo en cuenta un porcentaje del 87% del IBL. En consideración a lo anterior, sostuvo que existía cosa juzgada en relación a establecer si la demandante tenía o no 750 semanas cotizadas al 1° de abril de 1994, ya que ello ya había sido definido por dicho juzgado en donde se estableció que no era beneficiaria del régimen de transición.

Enfatizó el sentenciador de primera instancia que, en el presente proceso era diferente ya que aquí lo que se pretendía era si existía nulidad o ineficacia del traslado; hizo un recuento de las pruebas allegadas al proceso estableciendo que Colpensiones le permitió regresar al régimen de prima media a la demandante en cumplimiento de la sentencia SU 062 de 2010 y le reconoció la pensión de vejez bajo lo dispuesto en la ley 797 de 2003.

En relación a la ineficacia del traslado dijo que la misma se debía analizar bajo 3 aspectos: *i)* desconocimiento del literal e) artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que establece la selección inicial de régimen, el cual contiene un término de permanencia que no se cumplía por parte de la demandante; *ii)* que en relación al criterio de la CSJ Sala de Casación Laboral sobre el deber de información y la carga de la prueba al momento del traslado de régimen, frente a lo cual Colfondos se había allanado a las pretensiones de la demanda lo cual significaba que dicha entidad aceptó que no brindó la información requerida a la actora al momento del traslado; y *iii)* que en la historia laboral de la demandante se había podido evidenciar que al 1° de abril de 1994, acreditaba 752 semanas lo cual la había hecho merecedora de la recuperación del régimen de transición contemplada en el sentencia SU 062 de 2010; no obstante, tal aspecto hizo tránsito a cosa juzgada, de manera que no pronunciaría sobre ello.

Procedió a declarar la ineficacia del traslado y, en consecuencia, indicó que la demandante era beneficiaria del régimen de transición dando aplicación a lo dispuesto

en el Acuerdo 049 de 1990, explicando que si bien en la demanda se pidió se tuviera en cuenta un porcentaje del 87% del IBL, debía acogerse a lo dispuesto por la CSJ en sentencia CSJ SL1947-2020, en donde se permite la acumulación de tiempos públicos y privados, dando aplicación a una tasa de remplazo del 90%.

RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones interpuso recurso de apelación en el que argumentó que la entidad efectuó las acciones de buena fe aceptando el traslado de la demandante, aun cuando ya se encontraba en la restricción para hacerlo, lo anterior en cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia SU 062 de 2010; no obstante, debía tenerse en cuenta la sentencia CSJ SL373-2021, en la cual se aclaraba la ineficacia del traslado respecto de un pensionado; en este caso en particular al ser la demandante pensionada no podía retrotraerse esa condición al ser un hecho consolidado; sentencia que había sido desconocida por el fallador y que tiene fuerza vinculante.

Además, que con en el proceso que se llevó a cabo en el juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá la demandante ya había solicitado la reliquidación de la pensión de vejez; sin embargo, el fallador en esta oportunidad computó tiempos públicos y privados de conformidad con la sentencia emitida por la CSJ, cuando en esta sentencia solo se permite dicha acumulación cuando es para el reconocimiento de una pensión de vejez más no para la reliquidación. Por lo tanto, debe tenerse en cuenta que la reliquidación de la pensión de la demandante ya fue definida, no siendo correcto presentar múltiples demandas para cumplir sus expectativas.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si resulta viable declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Colfondos, pese a que la actora ostenta la calidad de pensionada en Colpensiones, a donde regresó.

Los supuestos fácticos probados y determinados por el *a quo* que permanecen incólumes en esta instancia por no haber sido objeto de recurso, son: *i)* que la demandante nació el 11 de diciembre de 1954; *ii)* que se trasladó al RAIS el 1° de

noviembre de 1994, a través de la AFP Colfondos; *iii*) que retornó al régimen de prima media con prestación definida proveniente de Colfondos S.A. en el año 2014, en consideración a lo señalado en sentencia SU 062-2010; *iv*) que a la demandante le fue reconocida la pensión de vejez bajo lo dispuesto en la Ley 797 de 2003, por parte de Colpensiones mediante resolución GNR 169234 del 10 de junio de 2016, a partir del 1° de junio del mismo año en cuantía de \$5.996.660; *v*) que mediante resolución GNR 299465 del 11 de octubre de 2016, le fue modificada la mesada pensional en la suma de \$6.039.891, *vi*) que mediante acto administrativo VPB 45482 del 23 de diciembre de 2016, nuevamente le fue modificada la mesada pensional en la suma de \$6.047.106; *vii*) que la demandante presentó demanda ordinaria laboral en la que solicitó la reliquidación de su pensión de vejez al considerar que recuperó el régimen de transición, por cumplir los requisitos de la sentencia SU 062-2010; proceso que conoció el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, quien absolvió a la demandada en primera instancia el 8 de noviembre de 2011 y confirmada por el superior el 18 de junio de 2018; siendo definida por el *a quo* dentro de éste proceso como cosa juzgada.

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

Igualmente se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación;

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

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

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

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

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

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

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

En ese sentido, al allanarse Colfondos a las pretensiones de la demanda, quien fue la entidad que efectuó el traslado inicial de régimen, no existe duda frente a que no se cumplió por parte de ella con el deber de proporcionar información clara, cierta, comprensible y oportuna antes de la suscripción del formulario de traslado de la demandante, dándole a conocer acerca de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, ni un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, ni explicación sobre las consecuencias jurídicas del traslado, sobre la incidencia que el traslado podía tener frente a sus derechos prestacionales, y en especial sobre la pérdida del régimen de transición, lo que implicaría la ineficacia del traslado.

No obstante lo anterior, no puede perderse de vista que la actora ostenta la calidad de pensionada por parte de Colpensiones, entidad que le reconoció la pensión por vejez mediante Resolución GNR 169234 del 10 de junio de 2016, a partir del 1° de junio del mismo año en cuantía de \$5.996.660, circunstancia que conduce a esta Sala de Decisión, a señalar que la promotora del litigio tiene ya una situación jurídica consolidada que no permite retrotraer las cosas al estado en que se encontraban a través de la figura de la ineficacia del traslado como es lo aquí pretendido.

Al respecto, resulta pertinente traer a colación lo dicho por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral SL373-2021, en donde se analizó un caso de pensionado en RAIS y se sostuvo:

[...] si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)¹, lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto [...]». (Negrillas fuera del texto original).

También se dijo en aquella oportunidad por parte este órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, que al retrotraerse el estado en el que se encontraba el afiliado antes de su traslado al RPMPD estando bajo la condición pensionado, genera un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida y un detrimento de los intereses generales de los colombianos, citando varias situaciones, entre las cuales se encuentra el deterioro que puede sufrir los bonos pensionales por el pago de las mesadas pensionales, señalando textualmente que los puntos o ejemplos citados son suficientes «[...] para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones».

En similar sentido, en providencia CSJ SL1637-2022, que rememoró la sentencia CSJ SL3871-2021, esta misma Corporación, expresó:

[...] no es posible la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen de quienes ya tienen la calidad de pensionados, porque frente a ese grupo, en particular,

¹ SL1688-2019, SL3464-2019

no es posible retrotraer el estado de las cosas al punto en que se encontraban antes del dicho cambio, puesto que, entre otras razones, ya hay situaciones consolidadas y podría afectarse a terceros de buena fe y sólo procedería el resarcimiento de perjuicios, siempre y cuando, se insiste, se hayan reclamado, probado y no estén prescritos (CSJ SL373-2021).

Así lo ha manifestado la Sala con anterioridad, respecto de la pertinencia de la acción de ineficacia cuando se arguye el incumplimiento en el deber de información por parte de la AFP, que el ejercicio de la acción indemnizatoria con carácter exclusivo sería viable en el caso de pensionados, porque no es posible retrotraer esa condición para restituir la vinculación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida,

Conforme a esta línea de pensamiento, que resulta plenamente aplicable al asunto bajo examen, cambiando lo que haya que cambiar (*mutatis mutandis*), con total independencia de que se trate de un pensionado en el RAIS o en RPM, lo cierto es que se trata de una persona que ya adquirió ese estatus de pensionado, razón por la cual no resulta dable «reversar o retrotraer dicha calidad para restablecer la afiliación en el RMPD, como si la persona nunca se hubiese trasladado de régimen» (CSJ SL3871-2021), y declarar la ineficacia del traslado.

En otras palabras, si bien en el presente asunto no se cumplió con el deber de asesoría por parte de la administradora de pensiones del RAIS, no es factible declarar la ineficacia del traslado dada la calidad de pensionada que ostenta la demandante; es decir, existe ya un hecho consumado o una situación jurídica consolidada, en cuyo caso la solución jurídica no es la declaratoria de la ineficacia, sino que deben de resarcirse los perjuicios en el evento de que se acredite que estos han sido ocasionados y se hayan reclamados los mismos, lo que en este caso no fue solicitado en el escrito inaugural.

De otro lado, ténganse en cuenta que en cuanto a la recuperación del régimen de transición como consecuencia del traslado de la actora al RAIS, ya fue analizado y estudiado en la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, en la se tuvo en cuenta los requisitos señalados en la sentencia SU 062 de 2010, en los que se requería 15 años de servicios cotizados al 1° de abril de 1994, estableciéndose que no habían sido acreditados por la señora Martha Covelli; por ende, tal y como lo dijo el Juez de primera instancia se trata de un asunto que se encuentra afectado por cosa juzgada, no siendo entonces dable efectuar un estudio sobre el tema.

Bajo tales postulados, no queda más que **revocar** la decisión de primera instancia.

COSTAS

Costas en ambas instancias a cargo de la parte demandante, de conformidad con el numeral 4° del 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 la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, y en su lugar, se **ABSUELVE** a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

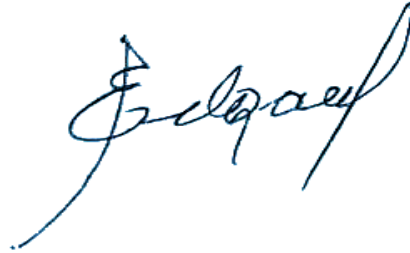
En uso de permiso
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de \$500.000.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Edgar', with a stylized flourish extending from the bottom left.

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL****DEMANDANTE: MARÍA CONSTANZA CRUZ PRIETO****DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**

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****PRETENSIONES:**

La señora MARÍA CONSTANZA CRUZ PRIETO solicita se **declare** la nulidad de la vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad pensional con la AFP PROTECCIÓN S.A., se **declare** que PROTECCIÓN S.A. debe ordenar el traslado al régimen de prima media con prestación definida, se **declare** que PROTECCIÓN S.A. debe enviar el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en su cuenta pensional, se **declare** que PROTECCIÓN S.A. debe reembolsar de forma integral los cobros y gastos de administración descontados de los aportes pensionales, se **declare** que COLPENSIONES debe aceptar su vinculación en el régimen de prima media con prestación definida, recibiendo el traslado de los aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración, se **declare** que COLPENSIONES como consecuencia de la nulidad debe aceptarla en el sistema de

prima media con prestación definida como si nunca hubiera existido un traslado de régimen pensional.

Como pretensiones condenatorias, solicita se **condene** a PROTECCIÓN S.A. a aceptar la nulidad de la vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad, condenar a la AFP PROTECCIÓN a ordenar el retorno del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida, se **condene** a PROTECCIÓN S.A. a enviar el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en su cuenta pensional, se **condene** a PROTECCIÓN S.A. a reembolsar de forma integral los cobros y gastos administrativos descontados de sus aportes pensionales, se **condene** a COLPENSIONES a aceptar el retorno al régimen de prima media con prestación definida recibiendo el traslado de aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración, se **condene** a COLPENSIONES a aceptarla en el sistema de prima media con prestación definida como si nunca hubiera existido un traslado de régimen pensional, se **condene** a las demandadas a las condenas *ultra y extra petita*, se **condene** a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

HECHOS RELEVANTES

Manifiesta la parte actora, que prestó sus servicios como empleada de varias empresas privadas por más de 20 años; que estuvo vinculada legalmente en el régimen de prima media con prestación definida; que la AFP PORVENIR contrató un sinnúmero de asesores comerciales para la captación trabajadores y su respectiva afiliación a la AFP, quienes no tenían un amplio conocimiento en temas de seguridad social, induciéndola de manera equivocada a vincularse al RAIS. Así mismo, le indicaron que al trasladarse no perdería los beneficios pensionales del régimen de prima media, omitiendo informarle los eventuales riesgos que podía tener al trasladarse al RAIS, no le realizaron una simulación o comparación del valor de la mesada pensional en ambos regímenes. Igualmente, el ISS hoy COLPENSIONES no realizó ninguna gestión para desvirtuar los argumentos en relación a que se iba acabar, además de que la AFP PORVENIR S.A. se ha opuesto de manera radical a autorizar su traslado.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los supuestos fácticos en los que estas se fundamentan, dijo ser ciertos los numerales 2, 7 y 34, no ser cierto el numeral 13 y no constarle los demás; propuso como excepciones de fondo inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica (fº. 39 a 61).

AFP PORVENIR S.A. contestó igualmente oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos dijo no constarle ninguno y propuso como excepciones de fondo prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y genérica (fº. 149 a 166).

PROTECCIÓN S.A. contestó también oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 3, 25 y 29 a 33, no ser ciertos los numerales 4 a 8, 10 a 12, 15, 17, 23 y 26 a 28; respecto de los demás, dijo no constarle. Propuso como excepciones de mérito, la de falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe por parte de la demandada AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., prescripción y genérica (fº. 80 a 85).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que correspondió el trámite de primera instancia, mediante fallo del 23 de marzo de 2021, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, ausencia de causal de nulidad y prescripción, propuestas por las demandadas, en la forma expuesta en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR que el traslado de la Sra. MARÍA CONSTANZA CRUZ PRIETO identificada con C.C. 39.696.507, al régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS, administrado por PORVENIR S.A. en su momento, fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.

TERCERO: DECLARAR que el traslado efectuado de la demandante a PORVENIR S.A. a ING PENSIONES hoy PROTECCIÓN S.A. tampoco tuvo efectos jurídicos al no haberse

establecido en ese momento el cumplimiento del deber legal de información por parte del asesor o representante de esa entidad, por lo que también resulta ineficaz ese traslado.

CUARTO: DECLARAR que la Sra. CRUZ PRIETO se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES y que esa entidad tiene la obligación legal de validar la vinculación de la demandante sin solución de continuidad, según las razones anotadas.

QUINTO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que conformaron o conforman la cuenta ahorro individual de la demandante en cada una de estas entidades. De manera específica en relación a PORVENIR S.A., trasladar la totalidad de los valores que fueron descontados a título de gastos de administración, los cuales deberán ser asumidos por esa entidad de su propio patrimonio. En el caso de PROTECCIÓN S.A., deberá trasladar la totalidad de los dineros que están en esa cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, los traslados que en su momento efectuó PORVENIR S.A., los rendimientos financieros e intereses, sin autorizar tampoco a PROTECCIÓN S.A. a efectuar descuentos ni siquiera a título de gastos de administración, los cuales deberá también asumir esa entidad de su propio patrimonio.

SEXTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir ese traslado de fondos a favor de la demandante, que efectúen las entidades demandadas PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. y convalidarlos en la historia laboral de la actora.

SÉPTIMO: CONDENAR a POVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. en costas procesales, teniendo en cuenta lo señalado en momento anterior, dada la oposición que formularon al querer de la demandante de retornar a COLPENSIONES y se fijan agencias en derecho a cargo de cada una por valor de \$900.000 M/cte.

OCTAVO: CONDENAR en costas también a COLPENSIONES. Se fijan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$900.000 M/cte.

El Juzgado de primera instancia, **basó su decisión fundamentalmente** en que, de conformidad con las documentales obrantes dentro del expediente se pudo constatar que la demandante se afilió al ISS hoy COLPENSIONES a partir del 24 de abril de 1989 cotizando hasta el 30 de abril de 2003; consideró además, que a pesar de no obrar formularios de afiliación a las AFPS, del certificado expedido por ASOFONDOS se pudo determinar que la demandante se cambió de régimen pensional el 3 de marzo de 2003, a través de PORVENIR S.A., luego se trasladó a SANTANDER S.A. entidad que se fusionó a PROTECCIÓN S.A. la cual se hizo

efectiva el 20 de diciembre de 2003, encontrándose actualmente vinculada en dicha entidad.

Sostuvo, que al no obrar el formulario de afiliación inicial al RAIS, impedía establecer cuáles fueron las circunstancias iniciales de ese traslado o efectuar el análisis respecto de la información inicial que se incorporó en el formulario para tratar se establecer si se dejó allí consignado la información que se le brindó a la demandante y de manera específica la situación que debió haber sido advertida por el asesor. Refirió que obra dentro del expediente el formulario suscrito con SANTANDER dentro del cual tampoco existe constancia de ese deber de información requerido, encontrando que en ambas situaciones se echa de menos que a la demandante se le hubiera explicado las distintas modalidades de pensión en el RAIS, las condiciones que debía reunir para acceder a un derecho pensional, la forma de conformar y cuantificar la pensión, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, entre otros, tampoco advirtió el asesor que la demandante tenía un monto de cotización de 500 semanas que representaban alrededor de 8 años de cotización debiendo analizar su situación particular.

Concluyó, que el asesor de la AFP privada cumplió con una labor más de índole comercial, sin explicarle de manera clara las consecuencias de ese cambio de régimen pensional; por lo tanto, las entidades demandadas no cumplieron con el deber de información que les correspondía siendo carga probatoria de las entidades codemandadas. En cuanto al traslado horizontal dentro del RAIS, sostuvo que no se trata de una aceptación expresa o tacita de su voluntad de permanecer en dicho régimen, lo que deja sin sustento lo dicho por la parte demandada. Así mismo, en cuanto al interrogatorio de parte de la demandante afirmó el Juez que ésta señaló que los fondos de pensiones le manifestaron el riesgo que tenía de permanecer el ISS como quiera que dicha entidad se iba a liquidar, aspectos que conllevaban a declarar la ineficacia del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación en relación a la devolución de gastos de administración a COLPENSIONES, señalando que los mismos se encuentran establecidos por la ley al RAIS, consistentes en generar esos gastos por administración la prima de seguros que se cubrió durante todo ese tiempo de permanencia de la demandante a dicho fondo para las contingencias de invalidez, vejez y muerte; y frente a lo administrado en el fondo de solidaridad que fue establecida

por la misma Ley 100 de 1993, debiéndose tener en cuenta que el efecto de la ineficacia es que el acto jurídico no existió, por lo que no podría conllevar la devolución de rendimientos financieros. Además, el fallo de primera instancia desconoce que la Superintendencia Financiera de Colombia en concepto con No. 2019 1522169003 del 17 de enero de 2000, indicó de manera expresa que en los casos de ineficacia del traslado las únicas sumas a trasladar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución de prima de seguros provisional, en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, ni tampoco la comisión por administración, por lo que ordenar la traslado de gastos de administración a COLPENSIONES se configura como enriquecimiento ilícito en la medida de que no existe ninguna norma que así lo disponga.

Agregó, que en forma clara el artículo 13 del literal b.) de la Ley 100 de 1993, menciona cuáles son los dineros que deben ser trasladados cuando existe cambio de régimen, esto es, el saldo de la cuenta individual incluidos los rendimientos, lo que evidencia que los gastos de administración no están destinados a financiar la prestación del afiliado; por ende, no pertenecen a él, sino al fondo privado como contraprestación de la gestión que adelantó para incrementar el capital existente en la cuenta de ahorro individual del afiliado; que disponer la devolución de gastos de administración, es como ordenarle a la compañía de seguros que si no se presenta el siniestro amparado reintegre el valor de la póliza.

PROTECCIÓN S.A. presenta recurso de apelación de manera parcial en relación a la devolución de los gastos de administración, al considerar que los mismos se encuentran de manera taxativa en la ley y de acuerdo al estudio que ha hecho de los gastos de administración, los mismos están contemplados únicamente cuando se causa un perjuicio a la demandante; no obstante, en este caso esa situación brilla por su ausencia, toda vez que la entidad generó rendimientos que van a ser trasladados a COLPENSIONES lo cual se constituiría en un enriquecimiento sin justa causa, igualmente debe tenerse en cuenta que esos gastos de administración fueron utilizados para cubrir las contingencias y la póliza de los seguros provisionales, razón por la cual se pagaron a terceros de buena fe y no es posible su devolución.

COLPENSIONES sustenta su recurso en consideración a dos puntos i) se debe tener en cuenta que en el caso en particular se ha dado cumplimiento al deber de información como lo indica la Ley 100 de 1993 y la Ley 1328 de 2009. Así mismo, la demandante refiere en su interrogatorio de parte que conoce las características del

régimen de ahorro individual con solidaridad; *ii*) solicita se dé aplicación a la sentencia SL3752-2020, en consideración a que la demandante presentó traslados horizontales entre fondos lo que permite inferir que sí conocía las características del RAIS y teniendo la oportunidad de trasladarse a COLPENSIONES continuó en el RAIS, por lo cual solicita sea absuelta la entidad de las condenas impuestas.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver los recursos de apelación presentados por Porvenir S.A., Protección S.A., Colpensiones y, de igual forma, en el grado jurisdiccional de consulta respecto de esta última en lo no apelado.

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 HORIZONTE y posteriormente a PORVENIR S.A. es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

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 de 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.

Así mismo, ha sostenido 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.

De otro lado, ese órgano de cierre, también ha sostenido que para la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional, ni la línea jurisprudencial que esa Corporación ha desarrollado, como tampoco el ordenamiento legal en materia laboral y de la seguridad social han establecido como requisito que para su aplicación el afiliado sea beneficiario del régimen de transición o tenga una expectativa legítima, puesto que la exigencia consiste en que **«la administradora de pensiones hubiese faltado a su deber de información** puesto que *«el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea»* (Resaltado fuera del texto original) (CSJ SL1565-2022, que reiteró la CSJ SL3719-2021 y CSJ SL5595-2021).

CASO CONCRETO

Al descender al análisis del caso en concreto, se tiene que la señora MARÍA CONSTANZA CRUZ PRIETO se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. el día 3 de marzo de 2003 (f° 99) y posteriormente, se trasladó a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. el 20 de noviembre de 2003, entidad en la cual se encuentra afiliada actualmente (f° 86). Igualmente, se denota de la historia laboral allegada por COLPENSIONES (CD f° 68), que la demandante efectuó cotizaciones en el régimen de prima media con prestación definida desde el 24 de abril de 1989 al 30 de abril de 2003, cotizando un total de 505,29 semanas.

Al respecto se observa que, si bien del formulario de afiliación se aportó por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A., se advierte que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, y que había sido asesorada sobre las implicaciones del régimen, ello en manera alguna significa que haya recibido la información suficiente por parte de dicha

administradora, como era su obligación, respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión para que esta fuera tomada de manera consiente, sin que dicho documento constituya prueba de que el fondo de pensiones haya actuado con la diligencia y cuidado que la jurisprudencia ha establecido para estos casos, como era el de ilustrar o informar a la afiliada sobre las ventajas y desventajas que conllevaban el traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos, que no se probaron en el presente asunto.

En lo que respecta a los gastos de administración 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 y gastos financieros, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocrinó:

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

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, 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 en los aspectos no apelados; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, que de no ser ordenados devolver afecta la estabilidad financiera de ese subsistema.

Por lo tanto, se hace necesario Adicionar la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar a las AFPS PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y comisiones debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades y porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el a quo omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

De otro lado, tampoco resulta de recibo el argumento por Colpensiones relativo a que al haber realizado la señora Cruz Prieto traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen, 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 afiliada, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL4426-2019, SL4806-2020 y 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.

COSTAS

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

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

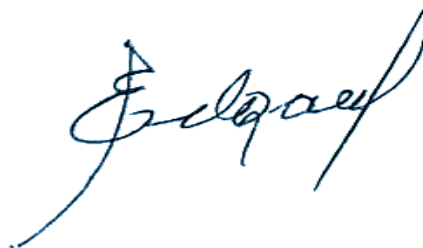
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal quinto de la sentencia proferida por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de ORDENAR a las AFPS PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. el traslado a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, gastos de administración con todos sus frutos e intereses y comisiones debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades y porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

(En uso de permiso)

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada

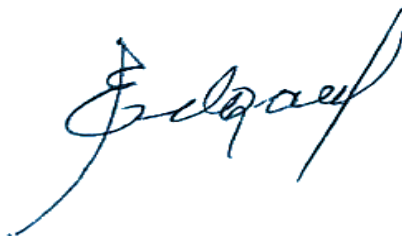


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., la suma de \$1.000.000, para cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: RODRIGO ANTONIO MENDOZA SÁNCHEZ
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.**

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 el señor **RODRIGO ANTONIO MENDOZA SÁNCHEZ**, se **declare** la nulidad o ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad; que para todos los efectos legales siempre ha permanecido afiliado al régimen de prima media en cabeza de Colpensiones; que se **ordene** el traslado de los aportes realizados en el RAIS al régimen de prima media con prestación definida, que se **condene** a Colpensiones y a la AFP Porvenir a cancelar las costas procesales incluidas las agencias en derecho, que se le **reconozca** los pagos distintos a los solicitados cuando hayan sido discutidos y aprobados, los mismo que los pagos superiores bajo el principio y poder del Juez de extra y ultra petita (f°2).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.° 2-3), señaló en síntesis que nació el 21 de diciembre de 1955; que cotizó el régimen de prima media con prestación definida en el periodo comprendido entre el 4 de febrero de 1974 al 31 de julio de 1998, un total de 845 semanas; que el 1° de agosto de 1998, se trasladó a la

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial**Tribunal Superior del Distrito Judicial****Bogotá D. C.****SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL****DEMANDANTE: RODRIGO ANTONIO MENDOZA SÁNCHEZ****DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.**

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 el señor **RODRIGO ANTONIO MENDOZA SÁNCHEZ**, se **declare** la nulidad o ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad; que para todos los efectos legales siempre ha permanecido afiliado al régimen de prima media en cabeza de Colpensiones; que se **ordene** el traslado de los aportes realizados en el RAIS al régimen de prima media con prestación definida, que se **condene** a Colpensiones y a la AFP Porvenir a cancelar las costas procesales incluidas las agencias en derecho, que se le **reconozca** los pagos distintos a los solicitados cuando hayan sido discutidos y aprobados, los mismo que los pagos superiores bajo el principio y poder del Juez de extra y ultra petita (f°2).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.° 2-3), señaló en síntesis que nació el 21 de diciembre de 1955; que cotizó el régimen de prima media con prestación definida en el periodo comprendido entre el 4 de febrero de 1974 al 31 de julio de 1998, un total de 845 semanas; que el 1° de agosto de 1998, se trasladó a la

AFP Porvenir S.A.; que sumadas las cotizaciones efectuados en el régimen de prima media y en el RAIS acumula un total de 1,848 semanas cotizadas.

Narró, que la decisión de trasladarse al RAIS no fue informada, autónoma y consiente, toda vez que no se le brindó una información completa, integral y veraz sobre las consecuencias del traslado de régimen y la forma en que el mismo impactaría su mesada pensional; que la AFP Porvenir S.A. el 8 de agosto de 2017, le entregó una simulación pensional que da cuenta que su IBC es de \$4.903.313 y que a los 62, 63 o 64 su pensión sería de \$737.717; que el 15 de septiembre de 2017 la AFP le comunica que está inhabilitado para trasladarse de régimen; que al realizar la simulación pensional con Colpensiones su mesada pensional ascendería a \$2.461.700; que presentó solicitud de traslado a Colpensiones el 9 de marzo de 2018, la cual fue negada por la entidad.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones contestó (f.º 62-77), oponiéndose a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los supuestos fácticos en los que estas se fundamentan, aceptó fecha de nacimiento de la demandante, periodos y semanas cotizadas en el régimen de prima media fecha de solicitud de traslado de régimen prestado ante la entidad y negativa; en cuanto a los demás hechos dijo no constarle; propuso como excepciones de fondo inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

La **AFP Porvenir S.A.** contestó (f.º 101-108), oponiéndose a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del demandante, fecha de afiliación a dicho fondo, simulación pensional efectuada por la entidad y solicitud de traslado de régimen por parte del demandante y negativa; en cuanto a los demás hechos dijo no constarle los numerales 2, 15 y 16; respecto a los demás manifestó no constarle; propuso como excepciones de fondo prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin justa causa e innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 1° de diciembre de 2020 (CD – f.° 151), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación del señor **RODRIGO ANTONIO MENDOZA SÁNCHEZ** identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.301.495 a la AFP PROTECCIÓN S.A., suscrita el 21 de julio del año 1998, por los motivos expuestos en esta sentencia y en consecuencia,

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: ORDENAR a la **AFP PORVENIR S.A.** a trasladar todos los dineros ahorrados por la demandante señor **RODRIGO ANTONIO MENDOZA SÁNCHEZ** identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.301.495, en su cuenta individual a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración, de acuerdo con la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, activar la afiliación del señor **RODRIGO ANTONIO MENDOZA SÁNCHEZ** identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.301.495, y a recibir los dineros ahorrados en su cuenta individual y tenerlos como semanas debidamente cotizadas, de conformidad con lo ordenado en precedencia.

QUINTO: DECLARAR NO probada la excepción de prescripción, relevándose el Despacho del estudio de los demás medios exceptivos, dado el resultado de la Litis.

SEXTO: sin lugar a CONDENA en costas a las partes, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

[...]

Como fundamentó su decisión, hizo alusión al artículo 13, literal b.) de la Ley 100 de 1993; arguyó que en cuanto a la expresión libre y voluntaria consagrada en dicha normatividad, la jurisprudencia entiende que la misma presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando existe plenitud y se conocen las consecuencias de esa decisión; trajo a colación las sentencias emitidas por la CSJ Sala de Casación Laboral, en las que se recordó que el Decreto 663 de 1993, dispuso en su artículo 97 numeral 1°: «[...] 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 [...]», no existiendo duda que las administradoras de fondo de pensiones desde el momento de su creación tenían la obligación de garantizar que la afiliación de los usuarios al sistema de seguridad social en pensiones debía ser libre y voluntaria, mediante la entrega de información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones del mercado la que mejor se ajustará a sus intereses.

Acotó que en el caso del demandante el traslado de régimen se efectuó el 21 de julio de 1998, oportunidad para la cual la AFP tenía la obligación de brindarle una información objetiva y transparente sobre las características de cada uno de los regímenes pensionales, situaciones que no se veían acreditadas, pues no se allegó medio probatorio el cual diera cuenta cómo surgió la asesoría del demandante; motivo por el cual declaró la ineficacia solicitada.

RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones interpuso recurso de apelación, el cual se fundamentó en que el demandante se encontraba en la prohibición legal del literal e.), artículo 2° de la Ley 797 de 2003; aunado a ello se había evidenciado del acervo probatorio y del interrogatorio de parte que se afilió al RAIS de manera voluntaria, generando traslados horizontales. En lo tiene que ver con la prohibición legal, señaló que la misma ha sido tratada por la Corte Constitucional en la que ha dicho: *«impedir el traslado de régimen cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez obedece a la finalidad constitucional de evitar la descapitalización del sistema general de pensiones y asegura de este modo el pago futuro de las pensiones de los demás afiliados y el reajuste económico de las mismas»*.

Mencionó, que es necesario tener en cuenta lo manifestado en el salvamento de voto del Magistrado Rigoberto Echeverri en sentencia CSJ SL1452 de 2019, en el que se indicó que los temas de ineficacia no deben ser tratados de manera directa o automática, sino que en cada proceso debe tenerse en cuenta el acervo probatorio y en tanto, debe ser evidentes las falencias de inexistencia de un consentimiento informado, situación que no se evidenció en el presente proceso, puesto que el demandante manifestó haber surtido un traslado horizontal y haber cotizado por más de 15 años en el RAIS; además de contar con un grado de escolaridad que le permitió tener un conocimiento de la norma, pudiendo presentar una solicitud de inconformidad o una solicitud de retorno a Colpensiones antes de estar inmerso en la prohibición legal; debido a ello la decisión del *a quo* afecta el principio de sostenibilidad financiera de quienes debidamente realizan las cotizaciones al régimen de prima media. De otro lado, debe tenerse en cuenta los gastos de administración en caso de que el fallo sea confirmado para que estos sean retribuidos a Colpensiones.

Porvenir s.a. también interpuso recurso de apelación, en el cual señaló que los parámetros que tuvo la Juez para su decisión se basaron en la línea jurisprudencial de la CSJ, al considerar el deber de información que les asiste a las AFP; aplicación que

no debió hacerse de manera automática teniendo en cuenta que para la aplicación de una línea jurisprudencial no es suficiente que se esté hablando de la misma pretensión, sino que deben encajar los supuestos fácticos; en los casos de las sentencias traídas a colación los demandantes tenían la calidad de ser beneficiarios del régimen de transición, situación que no acredita el actor.

Iteró, que en este caso la juez realizó un traslado de la carga de la prueba a la AFP, sin tener en cuenta que la entidad no tenía la obligación de dejar documentada la información que se le brindó a los afiliados, ni en el RAIS, ni en el régimen de prima media; lo que estableció el legislador es la voluntad por escrito, lo cual se perfeccionó con el formulario de afiliación; refirió que en el interrogatorio de parte el demandante dijo que entendió al momento del traslado que para poderse pensionar mejor en el RAIS correspondía al ahorro que realizará; lo cual demuestra que sí se le dio el deber de información.

En cuanto a los gastos de administración, agregó que estos conlleva a un perjuicio económico directo que desconoce la naturaleza misma que la Ley 100 de 1993, como quiera que los mismos se vieron representados en los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual del afiliado y propiamente frente al pago de primas de seguros que durante todo el tiempo en que estuvo afiliación estuvo cobijado para las contingencias de invalidez y sobrevivencia; se desconoce la naturaleza del contrato de aseguramiento conllevando a la no causación del siniestro, por lo que no es dable que tenga que hacerse la devolución de los pagos de primas de los seguros cuando esa no es su naturaleza. También debe considerarse la excepción de prescripción respecto de la devolución de los gastos de administración, porque tiene un fin diferente a la pensión.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir S.A. y Colpensiones; y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Porvenir S.A., es ineficaz por

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

En el presente asunto no es materia de discusión que: *i)* el señor Rodrigo Antonio Mendoza se afilió al ISS donde aportó desde el 4 de febrero de 1974 al 31 de julio de 1998, un total de 447,43 semanas de cotización (f.º 147 CD y fl 113); *ii)* que el 21 de julio de 1998, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir S.A. (f.º 110) y posteriormente, se afilió a la AFP Horizonte Pensiones y cesantías hoy Porvenir S.A. el 6 de enero del año 2000, en la que se encuentra actualmente (f.º 111).

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

Igualmente se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual,

toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

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

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

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

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad – el 21 de julio de 1998-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «libre y voluntariamente» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

La AFP Porvenir aportó al expediente el formulario de solicitud de afiliación y traslado suscrito el 121 de julio de 1998 y el 6 de enero del año 2000, de los cuales 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 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; sin que el hecho de que el actor sea profesional en derecho dé lugar a concluir que conocía toda la estructura de dicho régimen al momento en que se efectuó el traslado, cuando ni siquiera los mismos asesores de los fondos de pensiones conocían en su integridad las características de dicho régimen, aunado a que el actor se graduó en el años 2013, como lo manifestó en su interrogatorio de parte, de manera que al momento del traslado aun no era profesional del derecho y además laboraba en un Juzgado de Familia, lo cual demuestra aún más su desconocimiento sobre el tema, pues ni siquiera laboraba en el área de pensiones.

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

De otro lado, ese órgano de cierre, también ha sostenido que para la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional, ni la línea jurisprudencial que esa Corporación ha desarrollado, como tampoco el ordenamiento legal en materia laboral y de la seguridad social han establecido como requisito que para su aplicación el afiliado sea beneficiario del régimen de transición o tenga una expectativa legítima, puesto que la exigencia consiste en que **«la administradora de pensiones hubiese faltado a su deber de información** puesto que *«el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar*

precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (Resaltado fuera del texto original) (CSJ SL1565-2022, que reiteró la CSJ SL3719-2021 y CSJ SL5595-2021).

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

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

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

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, 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 la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar a la AFP Porvenir S.A., 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 del 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 de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

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

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas 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,

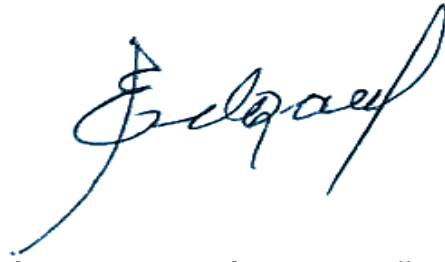
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal tercero de la sentencia proferida por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a la demandada AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones y ésta a su vez a recibir por parte de ella, las cotizaciones recibidas en su integridad con todos los valores que hubieren recibido, con motivo de la afiliación del demandante Rodrigo Antonio Mendoza Sánchez, esto es, 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, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

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

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 y la AFP Porvenir S.A., la suma de \$1.000.000, para cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MARÍA FERNANDA RUAN RODRÍGUEZ
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.**

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 **MARÍA FERNANDA RUAN RODRÍGUEZ** solicita se **condene** a la nulidad del traslado inicial del régimen de prima media con prestación definida que manejaba el ISS hoy Colpensiones al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Horizonte hoy Porvenir S.A., se **condene** al retorno inmediato al sistema de prima media con prestación definida en Colpensiones, se **condene** a la AFP Old Mutual S.A., la devolución de todos y cada uno de los valores consignados en la cuenta de ahorro individual por concepto de cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional dela aseguradora junto con los rendimientos causados, como los dispone el artículo 1746 del C.C.; se **condene** a Colpensiones activar a afiliación en el régimen de prima media con prestación definida con el fin de seguir cotizando como trabajadora dependiente, **se condene** extra y ultra petita (f°11-16).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 6-11), señaló en síntesis, que nació el 23 de agosto de 1963; que se afilió al sistema de seguridad social cotizando para los riesgos de invalidez, vejez y muerte desde el 19-03-1986 hasta el 14-10-1997 a través del ISS; que fue trasladada al fondo de pensiones Horizonte y que para ese momento se encontraba cotizando como trabajadora dependiente al servicio de Don Vapor LTDA.; que el fondo Horizonte hoy Porvenir en su afán de capturar afiliados, faltó por completo a su deber profesional de analizar su situación pensional aconsejándola de forma honesta y diligente sobre la conveniencia o no del traslado.

Puntualizó, que fue asaltada en su buena fe por parte del fondo privado al incidir en el cambio de régimen pensional al omitirle información relevante que afectaba su futuro pensional, al punto que de haberlo conocido no se hubiera cambiado de régimen. Así mismo, el fondo no le informó que para pensionarse con una mesada superior al salario mínimo, debía cotizar más años que los exigidos en el régimen de prima media, no le dio información clara, completa y cierta sobre las consecuencias y efectos futuros de abandonar el régimen pensional de prima media, que no le suministro para el traslado inicial un cálculo actuarial que le permitiera establecer la diferencia entre el valor de la mesada pasional que obtendría en el régimen de prima media y en el régimen de ahorro individual, que no le señaló que el valor de la pensión dependía de la modalidad de retiro programado y que el valor de la pensión estaba sujeto a los rendimientos de capital fluctuante por las tasas de interés del mercado, el nivel del riesgo de inversión del portafolio del fondo privado, del alto costo de la venta del bono pensional en el mercado secundario para una pensión anticipada, entre otros. Por último, mencionó que las entidades demandadas negaron su solicitud de traslado.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones (fº 104-125), contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los supuestos fácticos en los que estas se fundamentan, dijo ser ciertos los numerales 1, 3, 18 y 19, los cuales tienen relación con fecha de nacimiento de la demandante, empresa para la cual se encontraba trabajando y cotizando al momento del traslado, solicitud de traslado y negativa; en cuanto a los otros hechos dijo no ser cierto el numeral 2 y no constarle los demás; propuso como excepciones de fondo inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

La **AFP Skandia S.A.** contestó (f° 136- 146), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, manifestó ser ciertos los numerales 1,16 y 17; respecto de los demás, dijo no constarle y propuso como excepciones de fondo la de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y genérica.

Porvenir S.A. contestó (f° 193-204), también oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, dijo ser ciertos los numerales 1, 4, 14 y 15, no ser ciertos los numerales 5 a 13; respecto de los demás, dijo no constarle. Propuso como excepciones de mérito prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa e innominada genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que correspondió el trámite de primera instancia, mediante fallo del 25 de noviembre de 2020, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación de la señora **MARÍA FERNANDA RUAN RODRÍGUEZ** a la **AFP PORVENIR S.A.** suscrita el pasado abril de 1998, por los motivos expuestos en esta sentencia y, en consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de acuerdo con lo motivado en este fallo.

SEGUNDO: ORDENAR a la **AFP PORVENIR S.A.** y **AFP OLDMUTUAL S.A.**, a trasladar todos los dineros ahorrados por la demandante en su cuenta individual a la **Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones**, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración, de acuerdo con lo motivado en este fallo.

TERCERO: ORDENAR a la **Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones** a recibir los dineros ahorrados por la demandante en su cuenta individual de conformidad con lo ordenado en precedencia, de acuerdo a lo motivado en este fallo.

CUARTO: DECLARAR NO probada la excepción de prescripción, relevándose el Despacho del estudio de los demás medios exceptivos, de acuerdo con lo motivado en este fallo.

QUINTO: ORDENAR a la **Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones**, a reactivar la afiliación de la demandante, así como realizar la respectiva corrección laboral que haya lugar, de acuerdo con lo motivado en este fallo.

Como fundamentó su decisión, hizo alusión al artículo 13, literal b.) de la Ley 100 de 1993; arguyó que en cuanto a la expresión libre y voluntaria consagrada en dicha normatividad, la jurisprudencia entiende que la misma presupone conocimiento,

lo cual solo es posible alcanzar cuando existe plenitud y se conocen las consecuencias de esa decisión; trajo a colación las sentencias emitidas por la CSJ Sala de Casación Laboral, en las que se recordó que el Decreto 663 de 1993, dispuso en su artículo 97 numeral 1º: *«[...] 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 [...]»*, no existiendo duda que las administradoras de fondo de pensiones desde el momento de su creación tenían la obligación de garantizar que la afiliación de los usuarios al sistema de seguridad social en pensiones debía ser libre y voluntaria, mediante la entrega de información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones del mercado la que mejor se ajustará a sus intereses.

Acotó, que en el caso de la demandante solicitó su vinculación al RAIS a través de Horizonte hoy Porvenir el 11 de marzo 1988; por lo tanto, dicho fondo tenía la obligación de brindar una información objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida, indicándole las condiciones de acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales y los riesgos a través de su asesor, aspectos que no se encontraban acreditados en el presente juicio, toda vez que la AFP Porvenir no allegó medio probatorio alguno que diere cuenta sobre cómo se surtió la afiliación de la accionante, coligiéndose así que Horizonte hoy Porvenir no probó que al momento en que la demandante se afilió al RAIS le brindó información precisa y suficiente.

RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación en el que argumentó que la asesoría brindada por la entidad en el momento de la escogencia de dicho régimen se basó en lo dispuesto en el Decreto 663 de 1993, y sus posteriores modificaciones, lo cual fue aceptado por la demandante en el interrogatorio de parte, sin que ello se pueda analizar desde la óptica de un buen o mal consejo, toda vez que dicha obligación apareció a través de la Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010; lo cual también implicaría usurpar la voluntad de los afiliados, únicas personas que después de conocer las características del régimen podrían sopesar si la escogencia de dicho régimen resultaba adecuada o no.

De otro lado señaló que la demandante no solamente suscribió el formulario de vinculación con el RAIS a través de Porvenir, sino que además reiteró su voluntad de permanencia en el RAIS al permanecer un tiempo considerable en el mismo aún

cuando podía cambiarse al régimen e prima media, lo cual permite inferir que encontraba conforme con los beneficios que venía disfrutando.

Colpensiones basó su inconformidad en relación a que la demandante se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal del literal e.) del artículo 2° de la Ley 797 de 2003, además de que la demandante aceptó que realizó el traslado de manera voluntaria y sin presión alguna, lo cual se constata con la firma del formulario, las cotizaciones surtidas en el RAIS y su permanencia en dicho régimen durante más de 15 años.

Refirió que la Corte Constitucional ha señalado en múltiples sentencias que: *«permitir el traslado cuando al afiliado le faltaren 10 años menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez obedece a la finalidad constitucional de evitar la descapitalización del sistema general de pensiones y así asegurar el pago a futuro de las pensiones de los afiliados y reajuste económico de las mismas»*. De otro lado, sostuvo que en los casos de ineficacia no debe ser tratados de manera inmediata tal y como lo manifestó el Magistrado Rigoberto Echeverri en su aclaración de voto dentro de la sentencia CSJ SL1452-2019; lo cuales deben ser analizados de manera particular. Adicionalmente, la decisión de primera instancia afecta el principio de sostenibilidad financiera que se basa en los principios de igualdad y equidad de quienes realmente ejercen cotizaciones al régimen de prima media.

Skandia AFP también interpuso recurso de apelación manifestando que la sentencia va en contra de las disposiciones de orden legal como del Decreto 3995 de 2008, donde se establece que conceptos se deben retornar al momento de un traslado sin que se establezca los gastos de administración, existiendo una norma expresa frente a ello; también existen conceptos de la Superintendencia Financiera que hace relación a lo mismo y ello se debe a que los gastos de administración guardan armonía con las disposiciones de orden legal, y ese porcentaje de gastos e administración no se encuentra a disposición de la entidad, ya que desde el año 2012, a la demandante le fueron cubiertas las contingencias de invalidez, vejez y muerte, siendo la aseguradoras quienes ahora tienen ese dinero, por lo que de confirmarse el fallo de primera instancia, la entidad tendría que cubrirlo con sus propios recursos lo que generaría un perjuicio económico

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir S.A., Skandia S.A. y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones conforme al artículo 69 del CPTSS, en los puntos no apelados.

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. y la AFP 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 la actora en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión que: *i)* la señora MARÍA FERNANDA RUAN RODRÍGUEZ se afilió al ISS donde aportó desde el 19 de marzo de 1986 al 31 de marzo de 1998, un total de 254,14 semanas de cotización (CD f.º 103); *ii)* que el 11 de marzo de 1998, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A. (f.º 206); *iii)* el 30 de julio de 2012, se afilió a la AFP Skandia S.A. (fº147), entidad en la cual se encuentra afiliada actualmente (fº 246).

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

Igualmente se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de

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

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

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

*Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».*

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad – el 11 de marzo de 1998-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

La AFP Porvenir aportó al expediente el formulario de solicitud de afiliación y traslado suscrito el 11 de marzo de 1998, del cual solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que la AFP cumplió con el deber de suministrar a la afiliada una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras, lo cual tampoco demostró la AFP Skandia.

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

administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocrinó:

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

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

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

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

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

De otra parte, 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 afiliada, 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.

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 la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar tanto a la AFP Porvenir S.A. como Skandia S.A., durante la permeancia de la actora en cada una de ellas el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de ellas, 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 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 vulnera el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

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

COSTAS

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR los ordinales segundo de la sentencia proferida por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a las demandadas AFP Porvenir S.A. y Skandia S.A. a trasladar a Colpensiones y ésta a su vez a recibir por parte de ellas, las cotizaciones recibidas en su integridad, todos los valores que hubieren recibido, con motivo de la afiliación de la demandante María Fernanda Ruan Rodríguez, esto es, 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, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

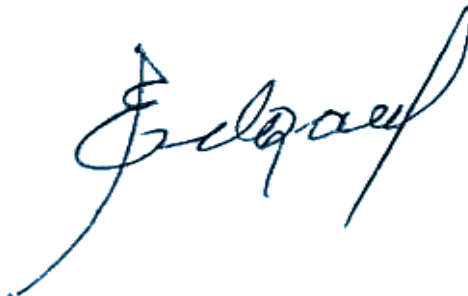
En uso de permiso
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones, AFP Porvenir S.A., Colpensiones y AFP Skandia S.A., en la suma de \$1.000.000, para cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial**Tribunal Superior del Distrito Judicial****Bogotá D. C.****SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL****DEMANDANTE: JAIRO SANDOVAL MUÑOZ****DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, AFP COLFONDOS Y AFP PROTECCIÓN S.A.**

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 el señor **JAIRO SANDOVAL MUÑOZ**, se **declare** la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual administrado por Protección S.A.; se **condene** a Protección S.A. a trasladar los aportes realizados por él a Colpensiones con los rendimientos generados; se **condene** a Colpensiones a aceptar el traslado y recibir los aportes pensionales realizados y en costas a las demandadas. (f°41).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.° 47-48), señaló en síntesis que nació el 5 de octubre de 1957; que efectuó aportes al ISS desde el 28 de marzo de 1983 hasta el 31 de diciembre de 1995; que el 28 de septiembre de 1995 realizó el traslado del ISS a Colfondos, y después a Pensiones y Cesantías Santander hoy Protección S.A. el 28 de febrero de 2008.

Indicó, que ni durante el traslado de régimen, ni después, la demandada le informó sobre las desventajas del traslado, como tampoco le advirtió que el valor de la pensión sería inferior al que recibiría de Colpensiones; que el fondo privado no le

entregó una proyección que le permitiera contar con la información completa sobre el valor de la mesada; además mencionó que fue engañado al momento del traslado tanto por lo que afirmó el asesor como por los silencios que guardó, ya que no se le dieron a conocer las condiciones en las quedaría reconocida su pensión, ni tampoco el capital que debía ahorrar para obtener el derecho pensional.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones contestó (f.º 59-69), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los supuestos fácticos en los que estas se fundamentan, aceptó el pago de aportes por concepto de pensión al ISS, el traslado del ISS a las AFP Colfondos y Protección S.A., así como la fecha de nacimiento de la demandante; Frente a los demás hechos, dijo no constarle. Propuso como excepciones de fondo falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe e innominada o genérica.

La **AFP Protección S.A.** contestó (f.º 79-86), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó la fecha de traslado al RAIS con Colfondos y su posterior traslado a Protección y los aportes realizados a las AFP conforme a la historia laboral; señaló no ser ciertos los numerales 4 a 9 y no constarle los demás. Propuso como excepciones de fondo validez de la afiliación al RAIS con Protección, buena fe, inexistencia del vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción e innominada o genérica.

La **AFP Colfondos S.A.** contestó (f.º 117-118), allanándose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, dijo no constarle.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 1º de diciembre de 2020 (CD – f.º 141), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad que llevó a cabo el demandante **JAIRO SANDOVAL MUÑOZ** identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.476.895, el día 28 de septiembre de 1995 al **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS**, esto en razón a la omisión al deber de información, lo cual conlleva a que así mismo sea ineficaz el traslado horizontal que se efectuó entre fondos privados de pensiones y que realizará

el demandante el día 19 de febrero del año 2008 con destino a la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, quien es el actual fondo administrador de pensiones del demandante.

SEGUNDO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN -S.A.**, trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante con destino a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, lo que debe incluir la totalidad de los créditos e intereses que esos recursos hayan producido, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, y en general todos los valores que se hayan recibido por motivo de las cotizaciones efectuada en favor del demandante.

TERCERO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** a recepcionar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante conforme se condenó en el numeral segundo que antecede, y a reactivar su historia laboral de cotizaciones en el régimen de prima media con prestación definida, el cual se declara que es el único al que válidamente se ha encontrado afiliado el actor.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por el extremo demandado.

QUINTO: CONDENAR en costas de la instancia a la parte demandada, practíquese por secretaría incluyendo el monto de **MEDIO (1/2) SMLMV** a cargo de **PROTECCIÓN S.A.**, y de **UN CUARTO (1/4) DE SMLMV** a cargo de **COLPENSIONES**, como valor de las agencias en derecho, sin condena en costas a cargo de **COLFONDOS S.A.**

Como fundamentó su decisión, indicó que de conformidad con los principios de autonomía y libertad, los ciudadanos en la realización de los negocios y actos jurídicos que celebren están revestidos de esos principios y derechos, es decir, que su consentimiento sea libre y voluntario exentos de vicios en el momento en que realicen sus actos y negocios jurídicos; sostuvo que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral el deber de información está en cabeza de las AFP cuando se trata del traslado de régimen pensional, lo cual se impuso desde el mismo nacimiento de los fondos de pensiones privados; así mismo, tienen la carga de la prueba para demostrar que cumplieron a cabalidad con el deber de información, que se centra en una información suficiente, clara, verídica y comprensible respecto de las características de los regímenes pensionales, como también tienen el deber de informar sobre las consecuencias del traslado.

Agregó, que la Corte Suprema de Justicia tiene por sentado, que no se requiere que las personas tengan un derecho adquirido en el régimen de transición, para que pudiera predicarse a favor de ellas ese deber de información; que no es suficiente la firma del formulario de afiliación para que se entienda que con ello se satisface las exigencias mencionadas; que la sola firma del formulario no demuestra que se contó con un consentimiento informado.

Arguyó, que verificadas las pruebas recaudadas se tenía que Colfondos no había aportado prueba que demostrará que brindó una información necesaria al momento del traslado, además de que manifestó que suscribió el formulario, pero que no cuenta con el mismo y se allanó las pretensiones de la demanda, allanamiento que no había sido aceptado por el juzgado; pero que no podía dejarse de considerar, concluyendo con ello que debía declararse la ineficacia.

RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones interpuso recurso de apelación, el cual se fundamentó inicialmente en la condena en costas. Así mismo, solicitó se adicionará la sentencia en el sentido de condenar a la demandada Colfondos a devolución de los gastos de administración durante la permanencia de la demandante en dicho fondo en virtud de lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral.

La parte actora una vez interpuesto el recurso por parte de Colpensiones, desistió de la condena en costas, solicitud que fue aceptada por el Juez; sin embargo, Colpensiones se mantuvo en su recurso respecto de la devolución de aportes por parte de Colfondos.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión que: *i)* el señor Jairo Sandoval Muñoz se afilió al ISS donde aportó desde el 28 de marzo de 1983 al 30 de septiembre de 1995 la suma de 502,29 semanas (f.º 108 CD); *ii)* que el **28 de septiembre de 1995**

se trasladó al RAIS conforme lo aceptó Colfondos en la escrito de contestación (f.º 117 v/to); y *iii*) que el 19 de febrero de 2008 se trasladó a la AFP Pensiones y Cesantías Santander hoy Protección S.A. (fº88), entidad en la que se encuentra afiliada actualmente.

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –28 de 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 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, no se cuenta con el formulario de afiliación inicial al RAIS, el cual se suscribió con la AFP Colfondos, además de haberse allanado a las pretensiones de la demanda, lo cual conlleva a determinar que efectivamente no se cumplió con ese deber de información necesaria para el traslado de régimen. De otro lado, en el expediente obra el formulario de solicitud de traslado con la AFP Pensiones y Cesantías Santander hoy Protección S.A. de fecha 19 de febrero de 2008, 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 la AFP Protección 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 Protección, 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 Colfondos y Protección 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 del demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

PRESCRIPCIÓN

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

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

COSTAS

Sin condena en costas como quiera que la parte actora desistió de las mismas.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., únicamente en el sentido de **CONDENAR:**

- A la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a 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 la AFP PROTECCIÓN S.A, a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros

previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. 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: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

En uso de permiso
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial**Tribunal Superior del Distrito Judicial****Bogotá D. C.****SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL****DEMANDANTE: MÓNICA PATRICIA CHAPARRO MOLINA****DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. Y AFP COLFONDOS**

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 **MÓNICA PATRICIA CHAPARRO MOLINA**, se **declare** la nulidad absoluta del acto de afiliación ilegalmente registrado, por medio del cual se trasladó al régimen de prima media con prestación definida que administra Colpensiones al Régimen de ahorro individual con solidaridad que administra la AFP Colfondos; que para todos los efectos legales nunca estuvo afiliada al RAIS, se declare que debe quedar afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. En consecuencia, se condene a Colpensiones a aceptar el traslado de régimen pensional que fue radicado formalmente a dicha entidad el 14 de febrero de 2018; se condene a Colfondos S.A. trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido en la cuenta de ahorro individual 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 hubieren causado; al pago de una indemnización económica por los perjuicios materiales y morales causados en cuantía del valor de una mesada pensional a que se le debe otorgara en el régimen de prima media desde el

cumplimiento de los requisitos; es decir, desde el 16 de mayo de 2018, fecha en que cumple 57 años de edad y hasta cuando se acepte el traslado de manera definitiva; se condene al pago de costas y agencias en derecho y se haga uso de las facultades ultra y extra petita (f°2-3).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.° 3-7), señaló en síntesis, que se trasladó del régimen de prima media con prestación definida administrado en su momento por el ISS al RAIS administrado por Colfondos S.A. el 19 de enero de 1995; que en el mes de enero de 1995, recibió junto a sus compañeros de trabajo la visita de un promotor llamado Jairo Alfonso Bermúdez de la AFP Colfondos, quien lo invitó a trasladarse del régimen de prima media al RAIS, y les manifestó que el traslado al RAIS era obligatorio dado que no era beneficiario del régimen de transición; que en el RAIS se podía pensionar de manera anticipada y con una mesada pensional superior; que el ISS se iba acabar y los aportes realizado a dicha entidad se perderían; que el trámite del bono se efectuaría dentro de los 6 meses siguientes a la fecha del traslado al RAIS, para obtener la redención y pago del bono pensional, y ser acreditado con la cuenta de ahorro individual, el cual empezaría a generarle rendimientos financieros hasta el momento de obtener la pensión.

Narró, que la AFP Colfondos el 27 de noviembre de 2017, le hizo una proyección de su mesada pensional indicándole a que los 57 años de edad obtendría una mesada pensional de \$1.819.507, mientras que en el régimen de prima media su mesada pensional ascendería a la suma de \$3.600.158; que solicitó Colfondos mediante oficio del 14 de febrero de 2018, le dijo que la entidad le había explicado las condiciones propias del producto y que había suscrito de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación; que solicitó ante Colpensiones el traslado de régimen el cual fue negado. Por último, señaló que cuenta con 1,637 semanas cotizadas durante toda su vida laboral.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones contestó (f.° 91-105), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los supuestos fácticos en los que estas se fundamentan, reconoce fecha de traslado de régimen, respuesta dada por Colfondos mediante oficio del 14 de febrero de 2018, y negativa de la entidad para el traslado de régimen; respecto de los demás hechos, dijo no ser ciertos el numeral 22 y no constarle los demás. Propuso como excepciones de fondo inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción e innominada o genérica.

Colfondos S.A. contestó (f.º 119-148), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó fecha de afiliación a dicho fondo, información dada por el asesor respecto de una mayor mesada pensional en dicho régimen y respuesta dada por Colfondos mediante oficio del 14 de febrero de 2018, dijo no constarle los numerales 2, 13, 17, 18, 23 a 29, y no ser ciertos los demás. Propuso como excepciones de fondo, las de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos.

Porvenir S.A. Contestó (f.º 189-207), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, dijo ser ciertos los numerales 20 y 22, y no constarle los demás. Propuso como excepciones de fondo prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 15 de febrero de 2021 (CD – f.º 354), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación y traslado de la demandante **MÓNICA PATRICIA CHAPARRO MOLINA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.598.880 al régimen de ahorro individual, realizada el 19 de enero de 1995 a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, conforme lo dicho en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** a trasladar dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**, los valores que reposen en la cuenta de ahorro individual de la demandante **MÓNICA PATRICIA CHAPARRO MOLINA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.598.880 y que hubiere recibido producto de la afiliación del demandante a la dicha entidad, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, es decir, con los rendimientos que se hubieren causado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del C.C., sin que haya lugar a que de dichas sumas se realicen descuentos con ocasión a los gastos de administración.

TERCERO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** representada legalmente por su presidente o quien a haga sus veces a recibir los aportes de la accionante **MÓNICA PATRICIA CHAPARRO MOLINA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.598.880, en el régimen de prima media por prestación definida administrado por esa entidad, proceda a corregir y actualizar su historia laboral y tener entre sus afiliados al demandante, como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático.

CUARTO: ABSOLVER a la entidad demandada **COLFONDOS S.A.** de las demás pretensiones incoadas en su contra, por la demandante **MÓNICA PATRICIA CHAPARRO MOLINA**, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN y los demás medios exceptivos propuestos por las convocadas a juicio, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Fundamentó su decisión, trayendo como referencia la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral relacionada con la ineficacia de traslado de régimen pensional por falta de información; así mismo, hizo relación a la normatividad relacionada al tema y su evolución; sostuvo que la AFP tenía la obligación del buen consejo, que el deber de información es ineludible y que las AFP desde su creación han tenido el deber de información a los usuarios a fin de que estos pudieran tomar una decisión consiente y libre sobre su futuro pensional; por lo tanto, no bastaba con la sola suscripción del formulario de afiliación y que el mismo no hubiera sido tachado de falso; igualmente hizo alusión a la carga de la prueba por parte de los fondos. Concluyó que la información pre pensional es aquella en que el afiliado conoce al detalle las características del régimen respecto de las condiciones, requisitos y las circunstancias que encontraría de afiliarse a dicho régimen.

Arguyó que en el presente caso la AFP demandada no aportó ningún elemento de prueba que permitiera demostrar ese deber de información, ya que solo se había aportado la solicitud de vinculación a Colfondos y comunicado de prensa, sin que fueran pruebas suficientes que acreditarán una asesoría especializada, completa, adecuada y suficiente al momento del traslado de régimen, por lo que resultaba ineficaz esa afiliación.

RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones interpuso recurso de apelación en el que argumentó que no hay razón a que se declare la ineficacia del traslado en razón a que la afiliación tiene plena validez y legalidad, puesto que no se probó por parte de la accionante una de las causales de nulidad como son el vicio del consentimiento por error, fuerza y dolo; además de haber existió voluntad al haber realizado durante más de 25 años aportes fijos; indicó que debe considerarse el principio del derecho «*nadie puede alegar su propia culpa para beneficiarse*», teniendo en cuenta que la demandante fue negligente ya que durante más de 25 años no preguntó, ni averiguó si lo manifestado por el asesor del fondo privado era o no cierto, siendo una obligación de cada persona informarse

antes de tomar cualquier decisión, toda vez que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa.

Enfatizó, que la afiliación al fondo privado acaeció en 1995, por lo que el transcurso del tiempo subsanó cualquier error, aunado a que la demandante nunca dejó de cotizar ni tampoco presentó ningún tipo de queja, encontrándose inmersa en la prohibición legal establecida en la Ley 797 de 2003.

Colfondos S.A. manifestó su inconformidad en lo relacionado en la devolución de los gastos de administración, y por la condena en costas y agencias en derecho; en cuanto a los gastos de administración, dijo que los mismos se encuentran contemplados en el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, donde se regula el costo de la administración teniendo en cuenta que en el RAIS se administran los recursos, por lo que al permanecer la demandante en dicho régimen le permitió tener rendimientos de lo cotizado; por lo tanto, al haberse declarado la ineficacia debió también ordenarse la devolución de esos rendimientos, ya que lo que se pretende es que las cosas vuelvan a su estado anterior, de manera que devolver esos gastos significa un doble cobro.

Solicitó, que se absuelva respecto de la condena en costas como quiera que la labor de la entidad fue la de generarle rendimientos en relación con las cotizaciones efectuadas por la demandante y cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Protección S.A. y Colpensiones; y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión que: *i)* la señora Mónica Patricia Chaparro Molina se afilió al ISS donde aportó desde el 9 de diciembre de 1980 al 31 de diciembre de 1994, un total de 443,29 semanas de cotización (f.º 102); *ii)* que el 19 de enero de 1995, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Colfondos S.A. (f.º 39); *iii)* el 12 de agosto de 1998, se afilió a la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. (fº 214); y *iv)* el 01 de agosto del año 2001, retronó a la AFP Colfondos S.A., entidad en la cual se encuentra afiliada actualmente (fº 152).

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

Igualmente, se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la

carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

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

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

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

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

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

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

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

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

La AFP Colfondos aportó al expediente el formulario de solicitud de afiliación y traslado suscrito el 19 de enero de 1995, del cual solo se advierte la fecha de su

diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que la AFP cumplió con el deber de suministrar a la afiliada una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras, lo cual tampoco demostró la AFP Porvenir.

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

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

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a

devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

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

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

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

De otra parte, 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 afiliada, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adocctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, 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 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 la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar tanto a la AFP Porvenir S.A. como Colfondos S.A., durante la permeancia de la actora en cada una de ellas el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de ellas, 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 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 vulnera el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

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

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA

En cuanto a la condena en costas a Colfondos S.A. en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso establece de manera clara que debe ser condenado en

costas a la parte vencida en el proceso, luego al resultar Colfondos vencida en juicio en tanto tiene que trasladar a Colpensiones las cotizaciones de la demandante de su cuenta de ahorro individual y demás emolumentos antes mencionados; además de presentar oposición a las pretensiones de la demanda; da lugar a ser condenada en costas.

COSTAS

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia proferida por el Juzgado 2° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones y ésta a su vez a recibir por parte de ellas, las cotizaciones recibidas en su integridad, todos los valores que hubieren recibido, con motivo de la afiliación de la demandante Mónica Patricia Chaparro Molina, durante su permanencia en cada una de ellas; esto es, 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, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

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

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 y AFP Colfondos S.A., en la suma de \$1.000.000, para cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: RUBY GUANES CORTÉS
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.**

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 **RUBY GUANES CORTÉS**, se **declare** la nulidad del traslado de régimen de pensiones que hizo del régimen de prima media a través del ISS hoy Colpensiones a la sociedad AFP Porvenir S.A. RAIS en el mes de agosto de 1997; se ordene que como efecto de la declaratoria de nulidad las cosas vuelvan a su estado anterior, en tal sentido, sea retornada de manera automática al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por Colpensiones, se condene a Colpensiones a reactivar la afiliación, se condene a la AFP Porvenir S.A. que en virtud del regreso automático devuelva a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, gastos de administración con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieran causado, se condene a lo que resulte ultra y extra petita; se condene al pago de costas y agencias en derecho (f°1-2).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.° 2-4), señaló en síntesis, que nació 5 de noviembre de 1963; que en el mes de febrero del año 1992 se afilió al

régimen de prima media a través del ISS hoy Colpensiones, efectuando aportes hasta el mes de julio de 1997, momento para el cual había acumulado 180,43 semanas.

Narró, que para el mes de julio de 1997, los asesores de la AFP Porvenir S.A. le ofrecieron la opción de trasladarse al RAIS asegurándole que contaban con mayores beneficios y garantías frente a su situación pensional, que podía acceder a una pensión con antelación a la prevista por el ISS y en una cuantía superior; así mismo, le manifestó que el ISS sería reformado y se incrementarían los requisitos para acceder al derecho pensional; que se omitió realizar una proyección pensional entre los dos regímenes, e informarle que a fin de contar con una expectativa pensional en el RAIS debía realizar aportes voluntarios adicionales para completar el capital mínimo requerido para acceder a una pensión de vejez; tampoco le explicó de manera clara y puntual la naturaleza del régimen; que durante su permanencia en dicho régimen no se llevó a cabo una actividad de asesoría, consultoría o cualquier tipo de gestión que le permitiera conocer las reales condiciones en que se causaría su derecho pensional; que desde el momento de traslado al RAIS hasta la fecha a realizado cotizaciones al sistema pensional. Por último, señaló que presentó reclamación ante Colpensiones y la AFP Porvenir a fin de que se declarará la nulidad del traslado, siendo negadas.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Porvenir S.A. contestó (f.º 58-90), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los supuestos fácticos en los que estas se fundamentan, dijo no constarle los numerales 1 a 4, 23 y 24; en cuanto a los demás manifestó no ser ciertos y propuso como excepciones de fondo prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

Colpensiones contestó (f.º 172-203), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó los numerales 1 a 4, 23 y 24, los cuales tienen relación con fecha de nacimiento de la demandante, afiliación a dicho fondo y aportes efectuados, y reclamación ante la entidad con respuesta negativa, en relación a los demás hechos manifestó no constarle y propuso como excepciones de fondo inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en caso de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de las seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa

para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción e innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 8 de marzo de 2021 (CD – f.º 309), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD o INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN que hiciera la demandante Ruby Guanes Cortés al RAIS que en su caso administra la AFP PORVENIR S.A., para tenerla válidamente afiliada a la Administradora Colombiana de pensiones COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a la administradora de fondo de pensiones y cesantías PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES el saldo exasistente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos y gastos de administración, y comisiones.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, aceptar el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida.

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

QUINTO: condenar en costas a la demandada PORVENIR S.A., fíjese las agencias en derecho en la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.

Fundamentó su decisión, haciendo énfasis en las sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral relacionadas con la ineficacia de traslado por falta de información, en las cuales se había determinado la responsabilidad de las administradoras de fondos de pensiones que comprende todas las etapas del proceso desde la ante sala de la filiación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, y que las mismas tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible.

Señaló que en cuanto a la carga de la prueba la misma se encontraba en cabeza de la AFP, frente a lo cual se tenía que la demandante en el interrogatorio de parte había manifestado no haber recibido la información necesaria, suficiente y oportuna para efectos de entrar a discernir si era conveniente o no el traslado que estaba efectuando, no pudiéndose observar de las pruebas recaudadas si la AFP Porvenir S.A. había dado una información adicional más allá del formulario de afiliación.

RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones interpuso recurso de apelación en el que argumentó que no tuvo injerencia alguna en la toma de decisión de la actora al momento en que realizó el traslado; en tal sentido, la decisión del *a quo* afecta los intereses de Colpensiones y la descapitalización del fondo, poniendo en riesgo las pensiones de aquellas personas que durante toda su vida laboral que han brindado aportes. Por lo tanto, debería considerarse que declararse el incumplimiento de las AFP al deber de información, deberían ser ellas mismas quienes asuman el estudio pensional de la actora bajo las mismas condiciones del RPM.

Porvenir S.A. manifestó su inconformidad en cuanto a que cumplió con todas las obligaciones a su cargo teniendo en cuenta el Decreto 663 de 1993 y leyes posteriores, normatividad que no obligaba soportar el deber de información a través de documentos dado que ello se impuso fue con la expedición a la Ley 1748 del 2014. Resaltó que la demandante dijo no recordar la asesoría realizada, pero sí recuerda ciertas frases específicas como el fin del seguro social, aun cuando en el formulario se enunció las condiciones para pensionarse.

De otro lado, manifestó que no es viable ordenar la devolución de los gastos de administración, pues de acuerdo con lo dispuesto con el artículo 20, inciso segundo de la Ley 100 de 1993, en el régimen de prima media se destina un 3% de la cotización a financiar los gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivientes; por lo tanto, dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos a la prescripción; además, la Superintendencia Financiera mediante concepto emitido en 17 de enero del 2020, se pronunció acerca de la devolución de los saldos en caso de que surgiera una ineficacia, poniendo de presente que en estos eventos los únicos saldos a retornar hacia Colpensiones serían los saldos correspondientes a las cotizaciones y rendimientos, de igual manera merece atención que el hecho de ordenar estos traslados hacía Colpensiones se configura un enriquecimiento sin causa, debiéndose tener en cuenta que estos gastos de administración no están llamados a financiar la pensión de vejez y no pertenecen al sino al fondo privado.

Finalmente, enfatizó que debe declararse la prescripción respecto de los gastos de administración, primas de seguro y cualquier suma diferente al capital en la cuenta individual del afiliado o los rendimientos financieros, por cuanto no corresponden a valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los dos regímenes pensionales y

en cuanto no financian la pensión de vejez; por lo tanto, no pueden predicarse su imprescriptibilidad.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir S.A. y Colpensiones; y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones conforme al artículo 69 del CPTSS, en los puntos no apelados.

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión que: *i)* la señora Ruby Guanes Cortés se afilió al ISS donde aportó desde el 17 de febrero de 1994 al 31 de julio de 1997, un total de 180,43 semanas de cotización (f.º 27); *ii)* que el 31 de julio de 1997, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Colpatria fondo de Pensiones y cesantías hoy Porvenir S.A. (f.º 94); y *iii)* que el 29 de octubre del año 2000, se afilió a la AFP Porvenir S.A. (fº95), entidad en la cual se encuentra afiliada actualmente.

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

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

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

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP

desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de «*suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado*», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «*Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones*», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «*poder tomar decisiones informadas*».

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

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

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

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

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo

con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad – el 31 de julio de 1997-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

La AFP Porvenir aportó al expediente el formulario de solicitud de afiliación y traslado suscrito el 31 de julio de 1997, del cual solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que la AFP cumplió con el deber de suministrar a la afiliada una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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 lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce

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

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

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

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

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

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

De otra parte, 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 afiliada, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adocinado por nuestro máximo órgano de cierre

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

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 modificar la sentencia de primer grado, en el sentido de declararse la ineficacia del traslado y no la nulidad. Así mismo, se adicionará la sentencia en el sentido de ordenarse a la AFP Porvenir S.A., durante la permeancia de la actora en ella, el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de ella, 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 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 vulnera el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la

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

PRESCRIPCIÓN

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

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas 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: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la demandante Ruby Guanes Cortés del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 31 de julio de 1997, a través de la afiliación a la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A.

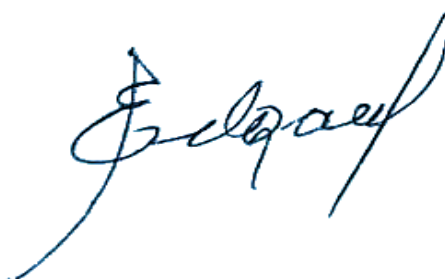
SEGUNDO: ADICIONAR le ordinal segundo de la sentencia, en el sentido de CONDENAR a la demandada AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones y ésta a su vez a recibir por parte de ella, las cotizaciones recibidas en su integridad, todos los valores que hubieren recibido, con motivo de la afiliación de la demandante Ruby Guanes Cortés, esto es, 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, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

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

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 y AFP Porvenir S.A., en la suma de \$1.000.000, para cada una.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Édgar', with a long, sweeping horizontal stroke extending to the left.

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MERCEDES BOHÓRQUEZ BECERRA
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.**

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 **MERCEDES BOHÓRQUEZ BECERRA**, se **declare** la nulidad o ineficacia del traslado, según se demuestre, del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad; que para todos los efectos jurídicos siempre ha permanecido en el régimen de prima media y se advierta que no existió solución de continuidad en la afiliación, ya que el traslado de régimen de ahorro individual no puede producir efectos al no haberse realizado en forma libre y espontánea. Como consecuencia, se **ordene** a la AFP Porvenir S.A. la devolución a Colpensiones de todas las unas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de las administradoras; se **ordene** a Colpensiones a reactivar la afiliación considerando que para todos los efectos legales siempre ha estado vinculada al régimen de prima media y reciba los aportes, y rendimientos devueltos por la AFP Porvenir S.A. y actualizar, corregir y poner a su disposición su historia laboral, se condene a la AFP Porvenir S.A. al pago de perjuicios morales causados, los cuales

estima en 200 SMLMV y se **condene** al pago de costas procesales (Exp. Digital – cuaderno 01-pág. 7).

Como hechos fundamento de las pretensiones (Exp. Digital – cuaderno 01-pág. 8-9), señaló en síntesis que nació el 23 de mayo de 1962; que estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS desde el año 1980 hasta el año 1999; que en el mes de febrero de 1999, al no recibir información técnica y adecuada, suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir S.A. trasladándose de régimen.

Sostuvo, que su afiliación a la AFP Porvenir S.A. se hizo por considerar que el régimen de ahorro individual le era mucho más beneficioso que el de prima media; que el promotor o asesor encargado de la afiliación, no contaba con un título, ni formación profesional, tampoco con capacitación adecuada alguna que le permitiera suministrar una información completa, veraz y suficiente para tomar la decisión de trasladarse; que no le informaron que su mesada pensional podía ser inferior en el RAIS; tampoco le dijeron que el valor de la pensión dependía de la modalidad que escogiera; que no le advirtieron de la negociación del bono pensional, ni se le dijo que tenía derecho a retractarse.

Indicó, que la AFP Porvenir S.A. realizó una proyección pensional que arrojó para la edad de 57 años una mesa pensional de \$781.242; que el realizar el mismo cálculo en el régimen de prima media, obtendría una mesada pensional de \$2.285.400. En consideración a lo anterior, señaló que presentó solicitud de traslado ante la AFP Porvenir y Colpensiones el 14 de junio de 2018, quienes negaron el traslado.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones contestó (Exp. Digital – cuaderno 01-pág. 148-175), oponiéndose a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los supuestos fácticos en los que estas se fundamentan, reconoce fecha de nacimiento de la demandante, aportes pensionales realizados por la actora a dicho régimen, solicitud de traslado y negativa; en cuanto a los demás hecho dijo no constarle; propuso como excepciones de fondo inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

Porvenir S.A. Contestó (Exp. Digital – cuaderno 01-pág.222- 246), oponiéndose a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos dijo ser ciertos los numerales 2.21 y 2.22, que tiene relación con la solicitud de traslado y negativa; no ser ciertos los numerales 2.4, 2.9 a 2.20, y no constarle los demás; propuso como excepciones de fondo prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 22 de octubre de 2020 (Exp. Digital –numeral 10), resolvió:

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

-La señora MERCEDES BOHÓRQUEZ BECERRA con la AFP PORVENIR S.A. el 1° de febrero de 1999, contenida en el formulario No. 01145869.

SEGUNDO: *ORDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora MERCEDES BOHÓRQUEZ BECERRA dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.*

TERCERO: *igualmente, PORVENIR debe incluir todos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales de la demandante, valores que deben ser integrados y devueltos a Colpensiones debidamente indexados.*

CUARTO: *ORDENAR a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad como afiliado al régimen de prima media con prestación definida a la demandante desde su afiliación inicial al ISS.*

QUINTO: *se declaran no probadas las excepciones presentadas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A.*

Fundamentó su decisión, manifestó que la información debe ser garantizada por parte de las AFPS al momento de realizarse el traslado al RAIS, tal y como lo ha considerado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicados 31989 y 31314, posición que ha sido ratificada hasta la actualidad, en la que dejó sentado que la información debe comprender todas las etapas del proceso desde la ante sala de la afiliación hasta cumplir las condiciones para el disfrute pensional; en armonía con ello, el Decreto 663 de 1993, estableció la obligación de las entidades de suministrarle a los usuarios los servicios que prestan, para lograr mayor transparencia en las operaciones que se realicen para escoger las mejores opciones del mercado; por lo que podía verse 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 del mercado aquellas que mejor se ajustara a sus intereses.

Resaltó, que en cuanto a la evolución normativa de ese deber de información la Sala Laboral en sentencia SL 1452 de 2019, sintetizó ese deber de información y posteriormente, se incorporó el deber de asesoría, buen consejo y doble asesoría; por lo tanto, desde el inició las AFPS estaba en obligación de brindar una asesoría adecuada. Consideró que en el presente caso, no obraba algún medio probatorio de convicción que diera certeza suficiente de que Porvenir al momento de trasladar y vincular a la demandante al RAIS le hubiere suministrado una información veraz, clara, precisa, comprensible y detallada respecto de las consecuencias que le traería su futuro pensional la decisión de trasladarse de fondo privado, lo cual constituía en una omisión de ese deber de información

En cuanto al formulario de afiliación, dijo que del mismo no se podía constituir en que se dio una información completa y suficiente, sin que obrará información distinta a la contenida en el mismo, y se practicó interrogatorio de parte a la demandante; sin embargo, dichas probanzas no daban certeza sobre la información requerida para el cambio de régimen por parte de la AFP, razón por la cual debía declararse la ineficacia del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones interpuso recurso de apelación en el que argumentó que no se estaba bajo la acreditación de ningún vicio del consentimiento, pues no se evidenciaba de las probanzas error, fuerza o dolo, se estaba era frente a un error de un punto de derecho que no tenía ninguna fuerza legal para repercutir sobre la ineficacia del acto jurídico celebrado entre la demandante y el fondo privado, por no tratarse de un error dirimente o de nulidad, que es aquel que por esencia afecta la validez del acto y lo condena a su anulación; existió una aceptación expresa o tácita por parte de la demandante al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato y solo manifestó su voluntad de cambiar de régimen con la presentación de la demanda.

Señaló, que en pronunciamiento del Tribunal Superior De Bogotá Sala Laboral en sentencia con radicado 20080044501 del 30 de julio de 2020, dijo: *«existe un criterio jurisprudencial mayoritario no unificado del órgano de cierre en relación con la temática que hoy absorbe el conocimiento la Sala en el que considera que el afiliado no está exonerado de*

un deber de ilustración en cambio de decisión de régimen pensional, puesto que no se encuentra disminuida su capacidad para celebrar contratos teniendo en cuenta que de su elección dependería su futuro pensional», dando aplicación al artículo 1750 Código Civil. Acotó que en razón a lo anterior no es viable que la demandante pretenda ahora la nulidad de traslado o una ineficacia después de que observó que la pensión no estaría acorde a sus aspiraciones económicas.

Trajo a colación el principio de descapitalización del sistema, señalando que la Corte Constitucional en materia de traslado ha manifestado que nadie puede resultar subsidiado a costa de lo ahorrado de manera obligatoria por otros afiliados, lo cual generaría que el régimen de prima media se descapitalice y afecte la sostenibilidad financiera del sistema, poniendo en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados; trajo a colación la sentencia T 489 de 2010, en que la que dijo: *«no se puede permitirse la descapitalización del fondo si personas que no contribuyeron a su formación vienen de último momento, cuando le faltare menos de 10 de años para completar su pensión de vejez a beneficiarse de un ahorro comunitario y ascendiendo a una pensión cuyo pago desfinanciaría el sistema pensional».*

Porvenir S.A. manifestó su inconformidad indicando que el fallo de primera instancia se basó en que en la entidad faltó con su deber de información al momento del traslado de régimen de la demandante, que los medios probatorios allegados no acreditaron que al momento de ese traslado de régimen se hubiera cumplido propiamente con ese deber de información.

Consideró que, respecto a la teoría de la carga de la prueba establecida en la línea jurisprudencial de la CSJ, no debió tomarse de manera automática en el entendido de que se encuentran los mismos supuestos fácticos, toda vez que la personas a las que se hace alusión las sentencias de la Corte son personas beneficiarias del régimen de transición, situación que no acreditó la demandante. Destacó que al momento del traslado no había exigencia adicional para las administradoras de pensiones que exigiera que la información debía constatar por escrito, pues tan solo bastaba con el formulario de afiliación el cual no fue tachado de falso ni desconocido por la parte demandante; no siendo razonable el argumento de que no se le ilustró sobre cómo sería su mesada pensional a futuro, por cuando al momento del traslado es una forma imposible de demostrar, ya que esto solo se evidencia con las condiciones particulares respecto de sus aportes durante toda su relación laboral; por lo tanto, debe considerarse que esa carga probatorio tiene unas proporciones.

Por último, manifestó inconformidad respecto de la devolución por gastos de administración, arguyendo que al reintegrarse dicho valor genera un enriquecimiento si justa causa por cuanto fueron causados durante la permanencia de la demandante en el RAIS, dejándose de lado la facultad que la misma Ley le otorgó a la AFP, lo cual también ocurre con el porcentaje de destinado al fondo de solidaridad y al pago de primas de seguro que durante todo ese tiempo de permanencia de la demandante estuvo cubierta por los riesgos de invalidez y sobrevivencia; por lo tanto, la no generación del siniestro no es óbice para declarar la ineficacia de un acto y la restitución de prima de seguros, no siendo emolumentos que hacen parte de la entidad sino que fueron reconocidos a la aseguradora y su devolución afecta el patrimonio económico del fondo; las consecuencias de la declaratoria de ineficacia no es retrotraer los efectos del acto jurídico, sino que el acto no generó efectos, es decir, que ni siquiera los rendimientos financieros deben ser devueltos a la administradora de pensiones del régimen de prima media.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir S.A. y Colpensiones; y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión que: *i)* la señora Mercedes Bohórquez Becerra se afilió al ISS donde aportó desde el 1° de marzo de 1980 al 31 de diciembre de 1998, un total de 651,14 semanas de cotización (Exp. Digital cuaderno 03 historia laboral); y *ii)* que el 1° de febrero de 1999, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir S.A. (Exp. Digital cuaderno 01 pág.248), entidad en la cual se encuentra afiliada actualmente.

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La AFP Porvenir aportó al expediente el formulario de solicitud de afiliación y traslado suscrito el 1° de febrero de 1999, del cual solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que la AFP cumplió con el deber de suministrar a la afiliada una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras; no resultando obligatorio para esta Sala de decisión dar aplicación a otras sentencias proferidas por otras Salas Laborales de este Tribunal, pues se trata de un precedente horizontal el cual no resulta vinculante.

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

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

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

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

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

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

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

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 la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar tanto a la AFP Porvenir S, durante la permeancia de la actora en está el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de ella, 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 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 vulnera el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

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

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas 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: ADICIONAR los ordinales segundo y tercero de la sentencia proferida por el Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a la demandada AFP Porvenir a trasladar a Colpensiones y ésta a su vez a recibir por parte de ella, las cotizaciones recibidas en su integridad y todos los valores que hubieren recibido, con motivo de la afiliación de la demandante Mercedes Bohórquez Becerra, durante su permanencia en ella; esto es, 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, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

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

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 y AFP Porvenir S.A., en la suma de \$1.000.000, para cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: NANCY OCTAVO GUILOMBO
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. Y AFP PROTECCIÓN S.A.**

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 **NANCY OCTAVO GUILOMBO**, se **declare** lo siguiente: que al momento del traslado de régimen pensional del de prima media con prestación definida al de ahorro individual, los agentes o promotores de la AFP Porvenir S.A. nunca le proporcionaron una información completa y comprensible sobre una elección de régimen pensional a fin de ilustrarla en las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, en los dos regímenes pensionales existentes en el país; la nulidad del traslado de régimen pensional que efectuó del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy Colpensiones, al de ahorro individual con solidaridad administrado por el fondo privado AFP Protección S.A. y AFP Porvenir S.A., por consiguiente no produce efecto alguno dicho traslado; el regreso automático al régimen de prima media hoy administrado por Colpensiones; que la única afiliación válida al régimen de pensiones que ha tenido ha sido en el régimen de prima media; que la conducta indebida por parte de los asesores de los fondos privados deben asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, los perjuicios sufridos en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez; que las AFPS deben devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido

con motivo de la afiliación indebida como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; y que Colpensiones es la llamada a pensionarla.

Como pretensiones condenatorias, solicita se **condene** a la AFP Protección S.A. a registrar en el sistema de información que la afiliación al RAIS suscrita en el año 1996, estuvo viciada de nulidad por error de hecho; a trasladar a Colpensiones la totalidad de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos a que hubiera lugar; que se **condene** a Colpensiones a activar la afiliación en pensión; a los demás derechos que resulten probados conforme a las facultades ultra y extra petita, al pago de costas y agencias en derecho (f°78-81).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.° 56-65), señaló en síntesis que nació el 1° de marzo de 1959; que empezó a cotizar para pensión en el ISS en el año 1979; que el 29 de julio de 1996, se trasladó a la AFP Protección S.A., momento para el cual contaba con 37 años de edad, es decir, era beneficiaria del régimen de transición, además contaba con 484 semanas de cotización.

Narró, que para la fecha de traslado la AFP Protección S.A. no le informó las implicaciones de trasladarse de régimen, tampoco le informó sobre la naturaleza propia de ese régimen de capitalización, no le brindó información sobre las ventajas y desventajas de afiliarse a dicho régimen, no le hizo una comparación pensional entre ambos regímenes; que en el mes de diciembre del año 2000, se trasladó a la AFP Porvenir S.A. y después se trasladó a la AFP Santander retornando nuevamente a la AFP Protección S.A., entidad en la cual se encuentra afiliada actualmente.

Sostuvo, que el 7 de septiembre de 2009, solicitó al ISS el traslado de régimen a efectos de recuperar su régimen de transición, solicitud que fue negada el 11 del mismo mes y año; que el 5 de febrero de 2010, solicitó al ISS el traslado de régimen teniendo en cuenta lo dispuesto en la sentencia C- 1024 de 2004, respondiendo dicha entidad que el traslado de régimen pensional no era viable. Indicó que nuevamente realizó una solicitud, pero esta vez a la AFP Porvenir S.A. y AFP Protección S.A. el 22 de agosto de 2018 y el 24 de agosto de 2018, en las que se pidió se declarará la nulidad de afiliación al RAIS las cuales fueron negadas por dichas entidades, así mismo hizo la misma petición a Colpensiones el 3 de septiembre de 2018, quien también niega la solicitud.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones contestó (f.º 272-285), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los supuestos fácticos en los que estas se fundamentan, reconoce la fecha de nacimiento de la demandante, que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 35 años de edad, que la demandante hizo una solicitud ante la entidad en septiembre de 2009, para el traslado de régimen por ser beneficiaria del régimen de transición la cual fue negada por ésta y que posteriormente, en el año 2018 realizó una nueva solicitud para que se declarara la nulidad de traslado, solicitud que también fue negada por la entidad; en cuanto a los demás hechos, dijo no costarle. Propuso como excepciones de fondo cobro de lo no debido, prescripción, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe las actuaciones de Colpensiones, inexistencia de la obligación, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, hecho de un tercero, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado, innominada o genérica.

La **AFP Protección S.A.** contestó (f.º 213-223), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó fecha de nacimiento de la demandante, fecha de traslado al RAIS, edad que tenía para el momento del traslado y solicitudes que realizó a dicha entidad; en relación a los demás hechos dijo no ser ciertos los numerales 6 a 10 y 14, en cuanto a los demás manifestó no constarle; propuso como excepciones de fondo inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones e innominada o genérica.

La **AFP Porvenir S.A.** contestó (f.º 252-259), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Frente a los hechos acepta fecha de nacimiento de la demandante, fecha de afiliación a la entidad y solicitud de nulidad traslado de régimen presentado por la actora, en relación a los demás hechos dijo no constarle; propuso como excepciones de fondo prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin justa causa e innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 28 de abril de 2021 (CD – f.º 401), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia la ineficacia del traslado que realizó la demandante NANCY OCTAVO GUILOMBO, entre el RPM administrado por el entonces ISS, hoy Colpensiones; al RAIS administrado por Protección, el 29 de julio de 1996.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante NANCY OCTAVO GUILOMBO, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES los valores correspondientes de cuotas de administración y comisiones, que se dedujeron de la cuenta de ahorro individual de la demandante NANCY OCTAVO GUILOMBO, durante la vigencia de su afiliación a ese fondo de pensiones, por lo considerado.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de PROTECCIÓN y PORVENIR, todos los valores que fueron trasladados y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral de la demandante las correspondientes semanas, de acuerdo con lo motivado.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas respecto de la ineficacia de traslado de régimen y declarar probada la de inexistencia de la obligación en cuanto a la solicitud de perjuicios.

SEXTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en el presente proceso por la señora NANCY OCTAVO GUILOMBO.

Fundamentó su decisión, trayendo como referencia la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral relacionada con la ineficacia de traslado de régimen pensional por falta de información, sosteniendo que en la misma se hace referencia a la carga de la prueba por parte de las AFPS, señaló que dicha jurisprudencia se aplica indistintamente si existe un derecho consolidado o una expectativa legítima, o un beneficio transicional, y que el traslado de régimen es uno solo y no las tantas veces en que el demandante hubiera efectuado traslado en los diferentes fondos de pensiones.

Seguidamente, hizo relación a la prueba documental obrante en el expediente en donde indicó que: i) la demandante hizo cotizaciones al ISS a partir del 2 de mayo de 1979, en donde cotizó 456,14 semanas, ii) se trasladó al RAIS a través de Porvenir S.A. el 29 de julio de 1996, iii) se trasladó al Fondo de Pensiones y Cesantías

Santander hoy Protección S.A. el 12 de diciembre del año 2000, iv) el 10 de octubre de 2003, se trasladó a Porvenir S.A. en donde permanece vinculada hasta la actualidad.

Concluyó, que no se contaron con elementos de juicio suficientes para determinar que existió información adecuada al momento del traslado, sin que pudiera considerar que la calidad que ostenta la demandante de profesional del derecho le hubiera servido como herramienta para entender las consecuencias del acto jurídico que firmó en el año 1996, máxime cuando se graduó de derecho entre los años 2009 a 2010, aunado a que la entidad no consideró que la actora para la época del traslado era beneficiaria del régimen de transición, circunstancia que debió advertir dado que su mesada pensional era más beneficiosa en el régimen de prima media.

RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones interpuso recurso de apelación en el que argumentó que no existe elementos que demuestren vicios del consentimiento o dolo, pues no había una expectativa legítima para la demandante, como quiera que para el momento del traslado contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión, para lo cual debe tenerse en cuenta la sentencia con radicado 2016-087 del 17 de enero de 2017, del Tribunal Superior de Pereira el cual indicó que la simple manifestación de que el valor de la pensión a recibir en el régimen de prima media pueda resultar superior a la del RAIS, por sí solo no constituye prueba de que al momento del traslado se hubiera hecho motivada por un engaño o de una equivocada información por parte del fondo.

Señaló, que en el presente caso no se logró demostrar una información equivocada, más aún si se tiene en cuenta que para el año de traslado de la demandante los fondos solo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones del RAIS a la hora del traslado; por lo tanto, no hay lugar a la ineficacia, ya que lo que existió fue un desinterés o descuido por parte de la demandante, quien sigue cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria.

Protección S.A. basó su inconformidad en relación al traslado de los dineros correspondientes a las cuotas de administración, arguyendo que son descuentos legales exequibles y vigentes que se utilizan en ambos regímenes; es decir, que si la demandante hubiere seguido afiliada al régimen de prima media sus descuentos serían iguales y en los mismos porcentajes; recordando que estos dineros no financian

la mesada pensional, se depositan en cuentas aparte y son para una destinación específica y se encuentran sustentados en los rendimientos que ha generado la cuenta de ahorro individual de la actora, los cuales superan el 110% de los dineros aportados.

Acotó, que si la consecuencia de la ineficacia es entender que la demandante siempre ha estado afiliada al régimen de prima media con prestación definida la condena debería orientarse a ordenar el traslado no solo del valor correspondiente a los aportes, sino que además los rendimientos que estos hubiere generado en el régimen de prima media, en atención a las restituciones mutuas ya que con la condena, Colpensiones estaría incurriendo en un enriquecimiento sin justa causa, porque estaría recibiendo los rendimientos fruto de una gestión adelantada por la entidad y adicionalmente, está recibiendo las cuotas de administración que son la contraprestación por esa administración que no llevó a cabo, aunado a que los dineros de la demandante no sufrieron deterioro alguno. Finalizó, sosteniendo que se debe dar aplicación a la prescripción de los dineros de las cuotas de administración toda vez que la vocación de los mismos no es el financiamiento de la mesada pensional.

Porvenir S.A. plasmó su descontento en lo concerniente a la devolución por gastos de administración atendiendo que la parte motiva de la decisión se fundamenta en la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, desconociendo Ley 100 de 1993, que le otorgó a las administradoras de fondo de pensiones la administración de los gastos que realizó durante el tiempo de afiliación de la demandante a dicho fondo, lo cual se vio de manera positiva cuando se le generaron rendimientos, cuando estuvo asegurada en los riesgos de invalidez y sobrevivencia, sin que se le generará ningún perjuicio; además no fue la administradora que realizó el traslado, ni es la entidad que en la que actualmente se encuentra la actora.

Añadió, que debe tenerse en cuenta que dicha devolución representa una afectación al patrimonio económico de la entidad ya que son sumas que no hacen parte de la entidad; que la línea jurisprudencial que se cita es de afiliados beneficiarios del régimen de transición y en el caso de la demandante no renunció a ningún beneficio pensional, ni era beneficiaria del régimen de transición. De otro lado, indicó que la superintendencia financiera en concepto del 17 de enero de 2020, consagró que en este tipo de procesos no es concerniente la devolución de los gastos de administración porque tiene una destinación completamente diferente; por último, señaló que debe declararse la excepción de prescripción respecto de estos gastos de administración.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones; y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones conforme al artículo 69 del CPTSS, en los puntos no apelados.

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

En el presente asunto no es materia de discusión que: *i)* la señora NANCY OCTAVO GUILOMBO se afilió al ISS donde aportó desde el 2 de mayo de 1979 al 31 de julio de 1996, un total de 456,14 semanas de cotización (f.º 265); *ii)* que el 29 de julio de 1996, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir S.A. (f.º 60); *iii)* que el 12 de diciembre de 2000, se afilió a la AFP Santander hoy Protección S.A. (fº 61-246); y *iv)* que el 10 de octubre de 2003, retronó a la AFP Porvenir S.A., entidad en la cual se encuentra afiliada actualmente (fº 246).

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

sistema pensional.

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

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

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las

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

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

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

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

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

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo

con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad – el 29 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.

La AFP Porvenir aportó al expediente el formulario de solicitud de afiliación y traslado suscrito el 29 de julio de 1996, del cual solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que la AFP cumplió con el deber de suministrar a la afiliada una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras, lo cual tampoco demostró la AFP Protección; no resultando obligatorio para esta Sala de decisión dar aplicación a otras sentencias proferidas por otras Salas Laborales de otros Tribunales del país, pues se trata de un precedente horizontal el cual no resulta vinculante.

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

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

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

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

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

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

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

De otra parte, 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 afiliada, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adocctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022,CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, 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 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 la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar tanto a la AFP Porvenir S.A. como Protección S.A., durante la permeancia de la actora en cada una de ellas el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de ellas, 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 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 vulnera el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

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

COSTAS

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR los ordinales segundo y tercero de la sentencia proferida por el Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a las demandadas AFP Protección S.A. y AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones y ésta a su vez a recibir por parte de ellas, las cotizaciones recibidas en su integridad, todos los valores que hubieren recibido, con motivo de la afiliación de la demandante Nancy Octavo Guilombo, esto es, 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, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

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

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 Porvenir S.A. y AFP Protección S.A., en la suma de \$1.000.000, para cada una.

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

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MARÍA DEYSI GARCÍA HERNÁNDEZ
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.**

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 **MARÍA DEYSI GARCÍA HERNÁNDEZ**, se **declare** que la AFP Porvenir S.A faltó a su deber de información y buen consejo al no proporcionarle ilustración suficiente, dándole a conocer los beneficios y perjuicios que acarrearía el traslado de régimen pensional. Como consecuencia, solicita se **condene** a la AFP Porvenir S.A. anular la afiliación efectuada el 24 de septiembre de 1999 al RAIS; a efectuar el traslado de la totalidad de los aportes cotizados en el RAIS a Colpensiones incluidos los rendimientos generados; se **ordene** a Colpensiones aceptar el traslado de dichos aportes; a realizar su registro como afiliada sin solución de continuidad desde el 20 de septiembre de 1984; al reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo los preceptos de la Ley 100 de 1993, y de costas procesales (f° 50-51).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 51-52), señaló en síntesis que nació el 22 de febrero de 1962; que se afilió al ISS el 20 de septiembre de 1984, en donde cotizó 724 semanas con fecha de corte 30 de septiembre de 1999, siendo beneficiaria del régimen de transición, por lo que tenía una expectativa pensional de

adquirir el derecho a la pensión de vejez con 57 años cumplidos y 1,000 semanas en cualquier tiempo.

Narró, que la AFP Porvenir S.A. al momento del traslado no le presentó una proyección de su mesada pensional y/o cálculo actuarial que le permitiera contar con una información completa del valor de la mesada pensional que recibiría por vejez en ambos regímenes; no le informó sobre la necesidad de negociar un bono pensional en el RAIS para acceder a la pensión de vejez, si se quería pensionar anticipadamente; que el asesor de Porvenir le suministró información falsa respecto de que el ISS sería liquidado y que su estado de pensión correría riesgo; que para motivar su traslado le brindó información falsa en cuanto a que se pensionaría antes de los 57 años de edad y en una cuantía superior a la del régimen de prima media; que el asesor de la entidad accionada y quien efectuó el traslado de régimen no tenía la capacidad para brindar información sobre planes pensionales y diferencia de regímenes.

Agregó, que el 24 de septiembre de 1999, se afilió a la AFP Porvenir S.A.; que en el mes de agosto de 2017, acudió a la ventanilla de Porvenir S.A. en donde le informaron que su mesada pensional sería de \$1.000.000, motivo que la llevó a solicitar la nulidad de traslado tanto en la AFP Porvenir como en Colpensiones quienes negaron su solicitud, razón por lo cual el 9 de febrero de 2018, presentó una queja ante la Superintendencia Financiera de Colombia sobre las irregularidades presentadas.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones contestó (f° 67-74), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los supuestos fácticos en los que estas se fundamentan, fecha nacimiento de la demandante, cotizaciones efectuadas en dicho régimen, solicitud de traslado y negativa; no ser ciertos el numeral 5 y no constarle los demás; propuso como excepciones de fondo prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

Porvenir S.A. Contestó (f° 152-163), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, dijo ser ciertos los numerales 1, 7, 16, 18, 21, 22, 25 a 29 y 33, los cuales tienen relación con fecha de nacimiento de la demandante, afiliación a dicho régimen, solicitud de traslado de régimen y negativa; manifestó no constarle los numerales, 2 a 6, 12, 13, 30 a 32, 35, 40 a 41, y no ser ciertos los demás.

Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimientos sin justa causa e innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 14 de julio de 2020 (CD f° 200), resolvió:

PRIMERO: Declarar no probada la tacha sobre la credibilidad del testimonio de MARTHA LUCÍA CORREA propuesta por el apoderado de Colpensiones.

SEGUNDO: Declarar la ineficacia de vinculación de la demandante señora MARÍA DEISY GARCÍA HERNÁNDEZ a la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., realizada mediante afiliación suscrita el 24 de septiembre de 1999 al fondo PORVENIR S.A. y por ende su traslado al régimen de prima media con prestación definida al régimen ahorro individual con solidaridad; en consecuencia se ordena el regreso automático sin solución de continuidad al régimen de prima media hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES recibir y restablecer la afiliación de la demandante señora MARÍA DEISY GARCÍA HERNÁNDEZ al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, sin solución de continuidad conforme a lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a hacer entrega a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora señora MARÍA DEISY GARCÍA HERNÁNDEZ, como 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 realizar la devolución de los gastos y cuotas de administración con los documentos correspondientes para establecer por parte de Colpensiones que las cotizaciones, rendimientos y devolución de cuotas y gastos de administración corresponda a lo ordenado en esta sentencia, en que haya podido incurrir conforme a lo expuesto en la parte considerativa de la providencia.

QUINTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante señora MARÍA DEISY GARCÍA HERNÁNDEZ provenientes de la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y de la devolución de cuotas y gastos de administración provenientes de la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., revise que la devolución se haya realizado en los términos ordenados en esta sentencia, y de forma inmediata imputar y actualizar las semanas cotizadas en el RAIS en la historia

laboral de la señora MARÍA DEISY GARCÍA HERNÁNDEZ para efectos de la pensión.

SEXTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante MARÍA DEISY GARCÍA HERNÁNDEZ la pensión de vejez establecida en la Ley 100 de 1993, modificado por los artículos 9 y 10 de la Ley 797 de 2003, a partir del 21 de diciembre de 2019 en cuantía inicial de \$3.005.370, la cual deberá ser incrementada anualmente con los reajustes establecidos por el gobierno nacional, en 13 mesadas pensionales y se ordena el pago del retroactivo pensional generado hasta la fecha de inclusión en nómina de pensionados, y se autoriza el descuento a salud.

SÉPTIMO: DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto.

OCTAVO: CONDENAR en costas de esta instancia a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y favor de la demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo por concepto de agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

Como fundamento de su decisión, manifestó que si bien se solicitó la nulidad del traslado de conformidad con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, este tipo de asuntos debía abordarse frente a la ineficacia de traslado por falta de información; hizo relación al deber de asesoría y buen consejo, al que alude la jurisprudencia, indicando que si bien Ley 100 de 1993, establece la libre escogencia de régimen, este presupone el conocimiento de las consecuencias de la decisión, por lo que la firma del formulario y documentos pre impresos no son insuficiente para dar por demostrado el deber de información; señaló que la jurisprudencia tampoco exigía un derecho consolidado o que estuviera próximo a pensionarse; por lo tanto, a las AFP les incumbía proporcionarse al afiliado una información clara, comprensible y oportuna de las características, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen, teniendo la carga de la prueba para demostrar que efectivamente ello se dio.

Sostuvo, que de conformidad con las pruebas allegas al proceso se tenía que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición; que del formulario de no se evidenciaba que la AFP Porvenir hubiera brindado un asesoramiento adecuado para el traslado, pues no se encontraba prueba que diera cuenta que se brindó una información completa, de manera que era viable declarar la ineficacia del traslado.

En cuanto a la pensión de vejez, hizo relación a los requisitos contemplados en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la ley 797 de 2003, estableciendo que la demandante cumplió los 57 años de edad el 22 de febrero

de 2019; en cuanto a las semanas de cotización se tenía de conformidad con el certificado de bono pensional se establecía que había cotizado al ISS 724 semanas y junto a las cotizadas en el RAIS reunía 1,741.51 semanas, lo cual le permitía acceder al reconocimiento de la pensión de vejez, la que debía reconocerse a partir del día siguiente de la desafiliación al sistema que lo fue el 21 de diciembre de 2019. En cuanto al monto de la pensión estableció que debía tenerse en cuenta el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, así como también debía calcularse con el IBL de toda la vida laboral y los 10 últimos años, dado que cotizó más de 1,250 semanas; determinando como tasa de remplazo 75,08%.

RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir S.A. plasmó su inconformidad señalando que las razones para declarar la ineficacia del traslado se basaron en el deber de información y la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, debiéndose tener en cuenta que dichas sentencias trató de personas beneficiarias del régimen de transición, lo cual conlleva establecerse que no existe una línea pacífica, teniendo en cuenta que han existido aclaraciones y salvamentos de voto, lo cual determina que no existió unanimidad; por lo tanto, cada caso debe analizarse de manera particular.

Acotó, que en el presente caso la demandante confesó en el interrogatorio de parte que recibió información por parte de Porvenir en la que le señalaron los beneficios del RAIS. Debiéndose tener en cuenta también que el lapso del tiempo es más que suficiente para establecerse que recibió información; en cuanto la prueba testimonial manifestó que la misma no sirvió como argumento para la parte demandante por cuanto no estuvieron presentes al momento de la información que le fue suministrada, además existe imparcialidad en las declaraciones porque están adelantando un proceso con las mismas características que persigue la demandante.

Por último, adujo que no era procedente la devolución de los gastos de administración por cuanto se estaba dejando de lado la naturaleza propia del RAIS establecida en la Ley 100 de 1993 y que fue declarada exequible, normatividad que dispone que los mismos permiten cubrir fondos de solidaridad y primas de seguros frente a contingencias de invalidez vejez y muerte; por lo que ordenarse dicha devolución generaría un detrimento patrimonial para la entidad.

Colpensiones manifestó en su recurso que el fondo privado actuó de buena fe en el caso en concreto y el deber de información de la época; que en el interrogatorio

de parte que rindió la demandante se había dicho que tuvo una asesoría de 40 minutos, así mismos el interrogatorio de parte y la prueba testimonial resultaban incongruentes, no existiendo una misma línea que demostrará que ese deber de información haya sido suministrado; consideró que la carga de la prueba no es absoluta, por consiguiente la parte demandante también tiene la carga de probar. Además, de que Colpensiones no puede asumir el reconocimiento de la pensión de vejez, toda vez que no existe afiliación frente a la misma.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir S.A. y Colpensiones; y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, 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 actora en el RAIS. Así mismo, se verificará si la demandante reúne los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez y si operó o no el fenómeno prescriptivo.

En el presente asunto no es materia de discusión que: *i)* la señora María Deysi García Hernández se afilió al ISS donde aportó desde el 20 de septiembre de 1984 al 31 de julio de 1999 la suma de 724 semanas (f° CD 200 y f° 15); y *ii)* que el **24 de septiembre de 1999** se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir S.A. (f.° 165), en la que se encuentra afiliada actualmente.

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el

artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en

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

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

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –24 de septiembre de 1999-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Porvenir suscrito el 24 de septiembre de 1999, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el

ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que la AFP Porvenir 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 cuanto a los argumentos del recurrente respecto de que del interrogatorio de parte rendido por la demandante se puede deducir que efectivamente recibió toda la información necesaria por parte de Porvenir S.A. al momento de su traslado, es una apreciación que no resulta acertada, pues como bien lo reconoce el apelante solamente se le brindó información sobre las ventajas del RAIS, pasando por alto las desventajas del mismo, como tampoco se observa que se le haya brindado una proyección de su mesada pensional, ni se le hizo una comparación de los dos regímenes; aunado a que tampoco se le dijo sobre las consecuencias que le acarrearía el cambio de régimen, más aun cuando para la fecha del traslado la demandante contaba con 724 semanas cotizadas.

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

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

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

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

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

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

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

por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, 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 AFP Porvenir el traslado a Colpensiones y ésta a su vez a recibir por parte de ella, 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 del demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

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

Establece el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 9° de la ley 797 de 2003, que para tener derecho a la pensión de vejez a partir del 1° de enero de 2014, se requiere en el caso de las mujeres contar con 57 años de edad y 1,300 semanas de cotización; de la cédula de ciudadanía de la actora se desprende que nació el 22 de febrero de 1962 (f° 14), por lo que los 57 años los cumplió el mismo día y mes del año 2019, cumpliendo así con el primero de los requisitos señalados en la norma.

En cuanto al segundo requisito, esto es las semanas de cotización, se tiene que de la historia laboral de Colpensiones la demandante acredita un total de **721,71 semanas** de cotización (f° 200 CD); sin embargo, como bien lo mencionó la Juez de primera instancia, del certificado de bono pensional aparecen registradas en el ISS 724 semanas (f°15), lo cual corroboró la AFP Porvenir en el certificado de historia laboral consolidada (f°36); por consiguiente, se tendrá en cuenta como semanas efectivamente cotizadas en régimen de prima media **724 semanas**, que al sumarse al reporte de las aportadas cotizadas en la AFP Porvenir, la demandante acredita un total de **1,722,06 semanas** de cotización (f°168-174), reuniendo más de las 1,300 semanas exigidas, lo cual la hace acreedora a la pensión de vejez solicitada.

DISFRUTE Y MONTO DE LA PENSIÓN

Al respecto, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, dispone que es necesaria la desafiliación del sistema para entrar a disfrutar de la pensión y solo en casos excepcionales la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha estimado, reconocerla con anterioridad cuando el demandante despliega alguna conducta tendiente a no continuar vinculado al sistema, como lo sería el cese de las cotizaciones (CSJ SL 3565 -2015 y CSJ SL4611-2015), o cuando pese a no haber desafiliación del sistema, el juzgador advierte su voluntad de no seguir vinculado al régimen de pensiones, por ejemplo, porque dejó de cotizar y solicitó la pensión de vejez (CSJ SL5603-2016); o en casos en que la entidad de seguridad social fue renuente al reconocimiento de la prestación a pesar de ser solicitada en tiempo y con el lleno de los requisitos (CSJ SL15559-2017, CSJ SL, 1.º sep. 2009, rad. 34514, CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391).

En el asunto bajo examen, se observa que a folios 168 a 174, se encuentra reporte de semanas cotizadas de la demandante a Porvenir S.A. en la cual se puede

ver que la última cotización realizada fue en el mes de abril de 2019, lo cual conllevaría a reconocerse la mesada pensional a partir del 1° de mayo de 2019 y no a partir del 21 de diciembre de 2019, como lo tuvo por sentado el *a quo*; no obstante, al no haberse sido recurrido este aspecto por la parte actora, se mantendrá la fecha de reconocimiento señalada en primera instancia teniendo en cuenta que ello implicaría hacer más gravosa la situación de Colpensiones, quien fue la única apelante y respecto de quien se conoce este asunto en grado jurisdiccional de consulta.

En cuanto al cálculo de la **mesada pensional** se debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es con lo cotizado durante toda la vida laboral o los últimos 10 años dependiendo de cual le sea más favorable, al haber acreditado más de 1,250 semanas de cotización; por lo que efectuados los cálculos aritméticos por parte de esta instancia y con apoyo del grupo liquidador, teniendo en cuenta para ello lo previsto en el canon 34 *ibidem*, arrojó un IBL de los 10 últimos años en la suma de \$4.021.626,03 y de toda la vida laboral de \$2.727.683,78, resultando más beneficioso para la actora lo cotizado en los 10 últimos años, que al aplicarse una tasa de remplazo del 75,07% corresponde una primera mesada pensional en la suma de \$3.019.107,93, que resulta superior a la establecida por el *a quo* que lo fue en la suma de \$3.005.370; sin embargo, nuevamente debe señalar esta Sala de Decisión, que ello conllevaría a hacer más gravosa la situación de la apelante única que fue Colpensiones, razón por la cual deberá mantenerse el valor de la mesada establecida en primera instancia.

PRESCRIPCIÓN

Finalmente, en cuanto a la excepción de prescripción se tiene que tal fenómeno no alcanzó a prosperar, como quiera que la demandante adquirió el derecho a la pensión a partir del mes de diciembre de 2019, momento en que dejó de efectuar aportes al sistema pensional, radicó la demanda el 16 de mayo de 2018 (f°.63) y se notificó a Colpensiones el 11 de julio de 2018 (f°.66), (esto es durante el término establecido en el artículo 91 del CGP), lo cual demuestra que no superó los 3 años de que trata el artículo 151 del CPTSS.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas 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: ADICIONAR el ordinal cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a la demandada AFP Porvenir a trasladar a Colpensiones y ésta a su vez a recibir por parte de ella, las cotizaciones recibidas en su integridad y todos los valores que hubieren recibido, con motivo de la afiliación de la demandante Mercedes Bohórquez Becerra, durante su permanencia en ella; esto es, 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, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

En uso de permiso
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
Aclara voto

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A., en la suma de \$1.000.000, para cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

Cálculo Toda la vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1984	103	1,650	100	60,606	\$ 17.790,00	\$ 1.078.181,82	\$ 3.701.757,58
1985	365	1,950	100	51,282	\$ 20.524,93	\$ 1.052.560,59	\$ 12.806.153,85
1986	365	2,380	100	42,017	\$ 25.434,05	\$ 1.068.657,76	\$ 13.002.002,80
1987	365	2,880	100	34,722	\$ 34.077,15	\$ 1.183.234,40	\$ 14.396.018,52
1988	366	3,580	100	27,933	\$ 42.889,34	\$ 1.198.026,38	\$ 14.615.921,79
1989	337	4,580	100	21,834	\$ 54.035,17	\$ 1.179.807,12	\$ 13.253.166,67
1990	82	5,780	100	17,301	\$ 65.294,27	\$ 1.129.658,62	\$ 3.087.733,56
1991	341	7,650	100	13,072	\$ 227.571,91	\$ 2.974.796,16	\$ 33.813.516,34
1992	366	9,700	100	10,309	\$ 360.000,00	\$ 3.711.340,21	\$ 45.278.350,52
1993	365	12,140	100	8,237	\$ 360.000,00	\$ 2.965.403,62	\$ 36.079.077,43
1994	365	14,890	100	6,716	\$ 360.000,00	\$ 2.417.730,02	\$ 29.415.715,25
1995	360	18,250	100	5,479	\$ 399.450,00	\$ 2.188.767,12	\$ 26.265.205,48
1996	360	21,800	100	4,587	\$ 515.395,83	\$ 2.364.201,07	\$ 28.370.412,84
1997	360	26,520	100	3,771	\$ 610.784,08	\$ 2.303.107,40	\$ 27.637.288,84
1998	360	31,210	100	3,204	\$ 734.915,17	\$ 2.354.742,60	\$ 28.256.911,25
1999	278	36,420	100	2,746	\$ 875.251,80	\$ 2.403.217,46	\$ 22.269.815,12
2000	360	39,790	100	2,513	\$ 889.066,67	\$ 2.234.397,25	\$ 26.812.767,03
2001	360	43,270	100	2,311	\$ 958.666,67	\$ 2.215.545,80	\$ 26.586.549,57
2002	360	46,580	100	2,147	\$ 1.025.666,67	\$ 2.201.946,47	\$ 26.423.357,66
2003	360	49,830	100	2,007	\$ 1.094.000,00	\$ 2.195.464,58	\$ 26.345.574,95
2007	360	61,330	100	1,631	\$ 1.514.916,67	\$ 2.470.107,07	\$ 29.641.284,85
2008	360	64,820	100	1,543	\$ 1.614.416,67	\$ 2.490.615,04	\$ 29.887.380,44
2009	360	69,800	100	1,433	\$ 2.200.250,00	\$ 3.152.220,63	\$ 37.826.647,56
2010	360	71,200	100	1,404	\$ 2.415.333,33	\$ 3.392.322,10	\$ 40.707.865,17
2011	360	73,450	100	1,361	\$ 2.603.416,67	\$ 3.544.474,70	\$ 42.533.696,39
2012	360	76,190	100	1,313	\$ 3.249.250,00	\$ 4.264.667,28	\$ 51.176.007,35
2013	360	78,050	100	1,281	\$ 3.681.750,00	\$ 4.717.168,48	\$ 56.606.021,78
2014	360	79,560	100	1,257	\$ 3.668.250,00	\$ 4.610.671,19	\$ 55.328.054,30
2015	360	82,470	100	1,213	\$ 3.911.333,33	\$ 4.742.734,73	\$ 56.912.816,78
2016	360	88,050	100	1,136	\$ 4.168.583,33	\$ 4.734.336,55	\$ 56.812.038,61
2017	360	93,110	100	1,074	\$ 3.725.898,58	\$ 4.001.609,48	\$ 48.019.313,71
2018	360	96,920	100	1,032	\$ 2.944.288,92	\$ 3.037.854,85	\$ 36.454.258,15
2019	120	100,000	100	1,000	\$ 2.781.320,00	\$ 2.781.320,00	\$ 11.125.280,00
Total días	12098	Total devengado actualizado a:				2019	\$ 1.099.983.947
Total semanas	1728,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 2.727.683,78
Total Años	30,14	Porcentaje aplicado					75,85%
		Primera mesada					\$ 2.069.032,13
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año				2019	\$ 828.116,00

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
2009	240	69,800	100	1,433	\$ 2.348.750,00	\$ 3.364.971,35	\$ 26.919.770,77
2010	360	71,200	100	1,404	\$ 2.415.333,33	\$ 3.392.322,10	\$ 40.707.865,17
2011	360	73,450	100	1,361	\$ 2.603.416,67	\$ 3.544.474,70	\$ 42.533.696,39
2012	360	76,190	100	1,313	\$ 3.249.250,00	\$ 4.264.667,28	\$ 51.176.007,35
2013	360	78,050	100	1,281	\$ 3.681.750,00	\$ 4.717.168,48	\$ 56.606.021,78
2014	360	79,560	100	1,257	\$ 3.668.250,00	\$ 4.610.671,19	\$ 55.328.054,30
2015	360	82,470	100	1,213	\$ 3.911.333,33	\$ 4.742.734,73	\$ 56.912.816,78
2016	360	88,050	100	1,136	\$ 4.168.583,33	\$ 4.734.336,55	\$ 56.812.038,61
2017	360	93,110	100	1,074	\$ 3.725.898,58	\$ 4.001.609,48	\$ 48.019.313,71
2018	360	96,920	100	1,032	\$ 2.944.288,92	\$ 3.037.854,85	\$ 36.454.258,15
2019	120	100,000	100	1,000	\$ 2.781.320,00	\$ 2.781.320,00	\$ 11.125.280,00
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2019	\$ 482.595.123
total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 4.021.626,03
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					75,07%
		Primera mesada					\$ 3.019.107,93
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año				2019	\$ 828.116,00

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: DIANA BEATRIZ VARGAS ARÉVALO
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.**

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 **DIANA BEATRIZ VARGAS ARÉVALO**, se **declare** que la AFP Porvenir S.A. incumplió con sus obligaciones de asesoría al afiliarla a su entidad, y trasladándola del ISS hoy Colpensiones; que la AFP Porvenir S.A. no realizó los trámites correspondientes para corregir el formulario de afiliación a su entidad, en virtud del Decreto 682 de 1994, artículo 11, inciso 6; que la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, no realizaron las asesorías correspondientes a la circular externa 016 de 2016; la nulidad del traslado suscrito con la AFP Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, pretende que se **ordene** a la AFP Porvenir S.A. su traslado junto con los aportes, rendimientos y semanas cotizadas en dicha entidad para que sea Colpensiones quien defina su solicitud pensional; se **ordene** a Colpensiones acapar el traslado, se **condene** al pago de costas procesales y agencias en derecho y se haga uso de las facultades ultra y extra petita. De manera subsidiaria, solicita que en caso de que no se condene a la pretensión cuarta, se **condene** a la AFP Porvenir S.A. a pagarle una mesada pensional de vejez igual o equivalente a la que hubiere recibido en Colpensiones (f°1-2).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 2-4), señaló en síntesis, que nació el 15 de abril de 1969; que inició su vida laboral cotizando al ISS hoy Colpensiones en donde cotizó 141 semanas y en toda su vida laboral ha cotizado 1,232 semanas; que en el mes de septiembre de 1994, se trasladó del ISS al BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías.

Refirió, que el traslado de régimen es nulo, toda vez que se realizó dentro de la prohibición legal establecida en la Ley 100 de 1993; esto es, sin cumplirse con el término de permanencia de 3 años en el régimen seleccionado, tal y como se evidencia del formulario No. 97-011 4460; que la razón del traslado fue la asesoría pensional efectuada por la AFP la cual se basó esencialmente en ofrecerle una mesada más alta al momento de llegar a la pensión de vejez, sin informarle la posibilidad que tenía de trasladarse de régimen de conformidad con lo establecido en la Ley 797 de 2003; tampoco se le realizó ningún estudio de la pensión probable.

Agregó, que el 1º de febrero de 2019, solicitó a la AFP Porvenir S.A. un estudio pensional, entidad que le contestó que no tendría derecho al bono pensional por no tener más de 150 semanas cotizadas; que a la edad de pensión tendría derecho a una mesada pensional de \$828.116; frente a lo cual sostuvo la demandante que en el caso de seguir en el régimen de prima media con prestación definida obtendría como mesada pensional la suma de \$2.411.900; así mismo, indicó que solicitó el traslado de régimen a Colpensiones el cual fue negado en mayo de 2019.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones contestó (f.º 65-71), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los supuestos fácticos en los que estas se fundamentan, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, solicitud de traslado que presentó ante dicha entidad y su negativa; respecto de los demás hechos, dijo no constarle: Propuso como excepciones de fondo prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

AFP Porvenir S.A. contestó (f.º 98-125), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del demandante y la fecha de afiliación a dicho fondo, solicitud que presentó la demandante para su estudio pensional y la contestación brindada por la entidad; en cuanto a los demás hechos, dijo no constarle los numerales 3, 4, 18, 32 y 33, y los demás. Propuso como

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

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 10 de febrero de 2021 (CD – f.º 198), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. de todas y cada una de las súplicas de la demanda incoadas por la señora DIANA BEATRIZ VARGAS ARÉVALO, conforme la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación alegadas por COLPENSIONES y PORVENIR sin pronunciamiento exceptivo adicional sobre el particular.

Fundamentó su decisión, haciendo una relación de las pruebas documentales allegadas al proceso; posteriormente, hizo referencia a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral relacionadas con la ineficacia del traslado, advirtiendo que el presente asunto debía abordarse desde esa perspectiva, sin que debiera analizarse de manera genérica, impersonal o abstracta, sino que debía analizarse cada caso en particular.

Sostuvo, que el deber de información radicaba en cinco columnas vertebrales contenidas en la sentencia CSJ SL 4360 de 2019, esto es: *i)* desde la creación de las administradoras de fondos de pensiones, éstas tienen el deber de brindar información del sistema pensional, *ii)* el grado de intensidad de esta obligación se ha transformado con el paso del tiempo de modo que corresponde a los jueces evaluar su cumplimiento en el momento histórico en que debía cumplirse; *iii)* el libre consentimiento en el formulario de afiliación no es suficiente para dar cumplimiento del deber de información y se requiere un consentimiento informado; *iv)* la carga de la prueba corresponde al fondo de pensiones; *v)* la violación del deber de información puede darse incluso si la persona tiene un derecho consolidado o si es o no beneficiario en el régimen de transición, o está cerca o no de pensionarse.

En el caso en concreto, señaló no podía dejarse de lado que la demandante presta sus servicios a la AFP demandada, no siendo ajeno para ella, teniendo en cuenta su grado de preparación determinar cuáles eran los alcances, precisiones y elementos sobre los cuales fungía la actividad misional, contable y financiera de su empleador, si bien la demandante no tenía bajo su resorte el manejo de las cuentas

de ahorro individual si era consciente que este manejo lo hacía Porvenir, tampoco podía dejarse de lado que la demandante había trabajado para dicha entidad desde el año de 1994.

Enfatizó, que la demandante en su interrogatorio de parte había manifestado que tenía el cargo de analista y que es de profesión contadora, prestando sus servicios dentro de una organización empresarial siendo clara su misionalidad tendiente a la captación de recursos y a la capitalización en función a la conjunción del régimen de seguridad social, aspectos sobre los cuales se permitía suponer que era el deseo del afiliado permanecer en el RAIS, dándole plenos efectos a la relación jurídica de afiliación y cotización suscrita en su momento en el formulario 97-0114460 del 11 de diciembre de 1997; en consecuencia se mantendría la relación jurídica de afiliación, cotización y beneficios de la demandante en el RAIS.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandante** interpuso recurso de apelación en la que señaló que no se tuvo en cuenta por el juzgado algunas situaciones particulares de la señora Diana Beatriz Vargas, esto es el hecho de que el formulario estaba mal diligenciado, frente a lo cual debía tenerse en cuenta que el Decreto 692 de 1994, artículo 11 inciso 6, señala que no se considera válido el formulario y que deberá corregirse, situación que no tuvo en cuenta ni el fondo de pensiones BBVA horizonte, ni tampoco Porvenir.

Por otra parte, arguyó que en el caso de la demandante debió haberse efectuado la doble asesoría de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2555 de 2015 y Ley 1748 de 2015. También resaltó que en el interrogatorio de parte de la Representante legal de Porvenir no se puso de presente alguna asesoría que se le hubiera realizado a la demandante, ni que la persona que la asesoró tenía la idoneidad para hacerlo; que la AFP tampoco fue diligente al momento de diligenciar el formulario en la parte de beneficiarios, que para el caso eran sus padres, quedando demostrado que se transgredido el derecho de la selección de la demandante, por lo que debe quedar sin efecto; por lo tanto, podrá realizarse nuevamente de forma libre y espontánea, ya que no se le dio la información mínima, no reposa en el expediente documentales o testimoniales que dieran fe de que se dio una información verídica, clara y suficiente; que solamente se diligenció un formulario y nada más.

Añadió, que en cuanto al grado de preparación, los elementos con los que trabajaba y el tipo de vinculación con el fondo de pensiones, no conllevaba a establecer que a partir de sus funciones conociera en su integridad el manejo del fondo de pensiones; si bien trabajaba para la entidad, en su interrogatorio de parte fue clara en manifestar que se dedicaba a realizar conciliaciones bancarias, lo cual significa que simplemente verificaba ciertos rendimientos, aportes que se realizan al fondo de pensiones, pero no solamente en pensiones, sino también en cesantías; no siendo dable deducirse que a partir de sus funciones se pudiera determinar cuáles son las ventajas, desventajas del sistema, como funciona, que tipos de beneficios como la invalidez, la sobrevivencia y la vejez, se puedan realmente conjeturar o deducir a partir de sus funciones.

Precisó que la comunicación que hizo la AFP en el periódico del 14 de enero del 2003, a escasos días de fenecer el término para trasladarse conforme a la ley 797 de 2003, no es una comunicación realmente efectiva; así mismo se tenía que la AFP Porvenir no realizó sus funciones de normalización de la historia laboral, se ve reflejado entonces en los salarios, pero no en el bono pensional cuestión que debería ser revisada.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

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

Preliminarmente, debe advertirse que no se hará ningún pronunciamiento respecto de la normalización de la historia laboral a la que se hace alusión en el recurso de alzada, como quiera que ello no fue parte de la fijación del litigio, ni tampoco se solicitó en la demanda, pues las pretensiones únicamente estuvieron encaminadas a la declaración de ineficacia del traslado por falta de información; lo anterior en virtud

del principio de congruencia (art. 281 CGP), y en aras de no transgredir el derecho de defensa y contradicción de las convocadas a juicio.

Aclarado lo anterior, se tiene que en el presente asunto no es materia de discusión que: i) la señora Diana Beatriz Vargas Arévalo se afilió al ISS donde aportó desde el 10 de julio de 1991 al 31 de diciembre de 1994, un total de 139,14 semanas de cotización (CD f° 77)); ii) que el 1° de agosto de 1994, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Povenir S.A., en la que se encuentra afiliada actualmente (f.° 134).

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala, tres aspectos, el primero que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse desde su **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 considere se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL1565 - 2022). Por consiguiente, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, ya 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.

El segundo, que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues conforme se precisó en la sentencia CSJ SL1452-2019 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).

Y el tercero, que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –1° de agosto 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, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, entre muchas otras), 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 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 el presente asunto se tiene que los argumentos que tuvo el *a quo* para negar la ineficacia del traslado fue el perfil profesional y académico de la demandante como contadora pública, así como su vinculación laboral con la AFP demandada; sin embargo, esa sola circunstancia no permite evidenciar el cumplimiento del deber legal

que tenía el fondo de pensiones al momento del traspaso de régimen; pues 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.

Situación que fue analizada por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL3349-2021, en la que precisó: *«La afirmación sobre la profesión del reclamante tampoco tiene lugar, pues, ni aún trabajando en el sector financiero todos los administradores de empresas tienen el conocimiento, la experiencia y la comprensión sobre el sistema pensional, como para de allí deducir una regla excluyente del deber del fondo de pensiones en ese sentido. En cada caso, habrá que examinar los elementos que conforman el plenario para determinar, individualmente, las circunstancias que rodean a quienes, en un asunto como el presente, han activado el aparato judicial».*

Verificado en el interrogatorio de parte de la demandante, allí señaló que se encuentra laborando para la AFP Porvenir desde el año 1994, iniciando su labor con la AFP Horizonte; que en horas laborales fue abordada por un asesor de la misma entidad quien le informó 4 puntos básicos para que se trasladará de régimen, los cuales fueron: i) recibir mejor mesada pensional al momento de pensionarse, ii) que el ISS iba a desaparecer, iii) que en el fondo privado podía conocer su saldo; iv) que si estaba trabajando para la AFP lo mejor era que perteneciera al fondo. Informó también que desconoce los requisitos para pensionarse en el RAIS; que es analista en el área de conciliaciones bancarias teniendo como funciones las de verificar cómo se refleja la información de las redes bancarias respecto de los registros contables, es decir, cruzar los movimientos bancarios de extractos versus los movimientos que se registran en las contabilidades de la compañía.

Lo anterior evidencia que el *a quo* incurrió en error al negar la ineficacia del traslado bajo la condición profesional y laboral de la demandante, toda vez que del relato de la demandante queda evidenciado que no se le dio una información completa respecto de las características del RAIS, pues tan solo se le señalaron los beneficios que otorgaría la entidad sin dar mayores explicaciones para lograr los mismos, sin que la AFP acredite a través de otros medios de convicción que efectivamente cumplió

con ese deber de información. Así mismo, de las funciones ejercidas por la actora dentro de la entidad demandada no encuentra la Sala que las mismas tengan relación directa con las modalidades pensionales que se encuentran establecidas para los fondos privados, pues lo que debe hacer la señora Diana Beatriz Vargas es cruzar información contable, sin que de allí se pueda colegir que tuviera un amplio conocimiento del régimen pensional establecido en el RAIS.

Se suma a lo anterior, que la carga de la prueba en cuanto al deber de información y asesoría, está en cabeza de las administradoras de pensiones, con total independencia de las circunstancias particulares de cada afiliado. Sobre este puntal aspecto, cabe traer a colación lo dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL2058-2022, en donde se puntualizó:

[...] se reitera que la carga de la prueba, sin importar la circunstancia particular del afiliado, corre por cuenta de las AFP, toda vez que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación¹; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y (iii) no es razonable invertir la carga de la prueba en contra de la otra parte de la relación contractual, ya que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4426-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Horizonte suscrito el 1° de agosto 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.

Y es que en este punto debe advertirse que la firma del mencionado 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*

¹ En tal sentido, el artículo 1604 del Código Civil establece que «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

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, tal y como se dijo por la Sala de Casación laboral en la sentencia CSJ SL1688-2019.

Se reitera, que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Así, como consecuencia directa, es evidente que afecta la validez de los actos jurídicos subsiguientes, entre ellos los traslados que se efectúen entre los diversos fondos privados y los fondos alternativos de pensiones.

Lo anterior es así, porque conforme lo ha explicado con abundancia la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la declaratoria de ineficacia trae consigo la vuelta al *statu quo*, lo que implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás (CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJSL373-2021, entre muchas otras). Lo anterior, salvo que la persona tenga la calidad de pensionada, pues en este evento la jurisprudencia tiene sentado que no es factible revertir o retrotraer dicha calidad para restablecer la afiliación en el régimen de prima media, como si la persona nunca se hubiese trasladado de régimen (CSJ SL373-2021); sin embargo, esta es una precisa excepción no aplicable al caso concreto.

Entonces, al no haber constancia de que Porvenir S.A. al momento del traslado de régimen pensional hubiese suministrado al afiliado información clara, precisa y oportuna sobre las características, condiciones, consecuencias y riesgos del cambio de régimen, a pesar de ser esa su carga, trae como consecuencia que el mismo sea declarado como **ineficaz**.

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

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

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

Bajo el anterior contexto, se hace necesario **REVOCAR** la decisión de primera instancia para en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda en el sentido de declarar la ineficacia del traslado realizado por el demandante **Diana Beatriz Vargas Arévalo** el **1° de agosto de 1994** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que el acto jurídico del traslado no produjo efectos, pues ante la violación del deber de información dicho acto no puede proyectarse en el mundo de las relaciones jurídicas, razón por la cual se impone el regreso automático del demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

En consecuencia, se condenará a la AFP Porvenir, a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de aquellas, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a cada una de esas administradoras. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán

aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. (CSJ SL1055-2022, 1055-2022).

PRESCRIPCIÓN

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

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

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

COSTAS

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia emitida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora Diana Beatriz Vargas Arévalo el 1° de agosto de 1994, por intermedio de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, en consecuencia, declarar válida la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, administrado por **COLPENSIONES**.

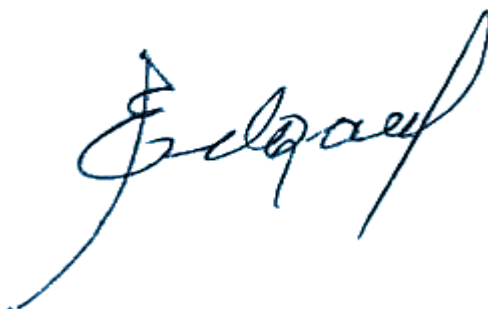
SEGUNDO: CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a trasladar a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

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 y AFP Porvenir S.A., en la suma de \$1.000.000, para cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente