

**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 DE NAYIB FELIPE PÉREZ MENDOZA  
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES  
COLPENSIONES, Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.  
(SKANDIA).**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de julio 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 **NAYIB FELIPE PÉREZ MENDOZA** se declare la «*anulación por ineficacia*» del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a través de la AFP Pensionar hoy Old Mutual S.A., por omisión al deber profesional de información. En consecuencia, se **condene** a la AFP a devolver a Colpensiones todos los dineros que recibió por motivo de su afiliación, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubiesen causado conforme el artículo 1746 de C.C., los gastos de administración o cualquier otro, la disminución en el capital de la cuenta de ahorro individual debiéndolos asumir de su propio patrimonio; se **ordene** a Colpensiones recibirlo en el RPM como si nunca se hubiese ido de dicho régimen; y se **condene** en costas y agencias en derecho.

**Como hechos fundamento de las pretensiones** (f.º 2-31 archivo 01 exp digital), señaló en síntesis, que se afilió al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 4 de mayo de 1983; que el 5 de diciembre de 1997 se trasladó al RAIS

afiliándose a la AFP Pensionar S.A. la cual fue absorbida por Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A.; que el promotor de esa AFP solo se limitó a llenar un formato preestablecido para la afiliación, pero sin entregarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto a las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el RAIS versus las consecuencias negativas o específicas de abandonar el RPM, y sus implicaciones sobre los derechos que debía tener en cuenta para tomar la decisión del cambio del régimen de pensiones.

Narró, que la AFP Pensionar S.A., no le entregó proyecciones, ni comparativos de lo que sería el valor de la pensión en los dos regímenes; no puso de presente la tabla de mortalidad de rentistas conforme la cual se liquidaba las pensiones y de la que dependía el valor de su mesada; que no le explicó que si quería pensionarse antes de la edad requerida o en forma anticipada debía negociar el bono pensional y esa situación traería como resultado la disminución del valor de su prestación; que tampoco le indicó que si tenía cónyuge o compañero(a) permanente, o un hijo discapacitado o menor de edad al momento de liquidar su pensión la cuantía sería menor que en el RPM, porque esta se calcularía teniendo en cuenta la expectativa de vida conjunta tanto del afiliado como de sus beneficiarios; que omitieron informarle que tenía derecho a retractarse de la afiliación al RAIS; que no le dieron información suficiente y veraz para tomar la decisión de trasladarse al RAIS; que los fondos privados entre ellos Pensionar S.A., con el objeto de obtener afiliaciones a ese régimen publicitaron información que faltaba a la verdad, u ocultaron la misma.

Expuso, que solicitó ante Colpensiones y la AFP Old Mutual S.A. la anulación del traslado, pero que dicha petición fue negada por ambas entidades; y que realizadas las operaciones matemáticas de haber continuado aportando en el RPM le correspondería una mesada de \$4.494.541 mientras que en el RAIS sería de \$1.724.939.

## **CONTESTACIONES DE LA DEMANDA**

**COLPENSIONES** contestó (f.º 205-234 archivo 02 exp digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, solo aceptó la vinculación al ISS, que se trasladó al RAIS a través de la AFP Pensionar, y la petición de nulidad de traslado de régimen; frente a los demás, señaló que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad

alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

**OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (SKANDIA)**, contestó (f.º 12-archivo 02 exp digital), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que absorbió a Pensionar S.A., que el demandante presentó petición y que la misma fue negada; frente a los demás indicó que no le constaban o que no eran ciertos, y aclaró que al momento de la afiliación a la demandante se le brindó información conforme a los parámetros exigidos y contemplados en la Ley 100 de 1993 y en el Estatuto Financiero, esto es, cierta, suficiente y oportuna.

Propuso como excepciones de mérito, las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, y la genérica.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 31 de mayo de 2021 (Carpeta 12 exp. digital), resolvió:

*PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo el señor NAYIB FELIPE PÉREZ MENDOZA del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 01 de febrero de 1998 a SKANDIA S.A., es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto, se debe entender que el actor jamás se separó del régimen de prima media con prestación definida. Así también se declara ineficaz todas las afiliaciones hechas al interior del RAIS.*

*SEGUNDO: CONDENAR a SKANDIA S.A., a que transfiera al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración desde el 01 de febrero de 1998, hasta que se efectúe el traslado, éstas debidamente indexadas, durante el tiempo que se encontraba afiliado el demandante, sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes, con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.*

*TERCERO: ORDENAR a SKANDIA S.A que transfiera a COLPENSIONES a devolver los gastos de administración causados desde el 01 de febrero de 1998 hasta la fecha en que se efectuó el traslado.*

*CUARTO: COLPENSIONES que reciba los dineros a los cuales se ha hecho referencia en los numerales segundo y tercero y que reactive la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida y sin solución de continuidad.*

*QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada SKANDIA S.A., y COLPENSIONES.*

*SEXTO: INFORMAR a COLPENSIONES que puede iniciar las actuaciones civiles para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz por parte de SKANDIAS.A.*

**Fundamentó su decisión**, en que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecía que la selección de uno cualquiera de los regímenes pensionales era libre y voluntaria por parte del afiliado, so pena de incurrir en las sanciones del artículo 271 de la misma Ley, la cual puntualmente era dejar sin efecto la respectiva afiliación.

Sostuvo, que la decisión libre y voluntaria, no se trataba simplemente de plasmar la firma en un formulario de afiliación, sino que iba más allá, pues antes de firmar la AFP debió entregarle la información suficiente y transparente a ese afiliado, esto es, que sea objetiva (neutra), comparada entre los dos regímenes pensionales, y comprensible en el entendido que el potencial afiliado es un lego en materia pensional.

Expuso, que la carga de la prueba en estos casos le correspondía a la AFP conforme el artículo 1604 del CC, ya que, la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, es decir, a quien ofrece el servicio, pues este es el experto en la materia; y de acuerdo con el artículo 167 del CGP que estipula que las negaciones indefinidas no requieren prueba, correspondiéndole probar el hecho positivo a la parte contraria.

Advirtió, que con independencia de que el demandante fuese o no beneficiario del régimen de transición o tuviese o no una expectativa legítima, para la validez del traslado lo único que se debía verificar es que, este sea libre y voluntario; que Old Mutual no cumplió con la carga de demostrar que antes de la firma del formulario de afiliación en diciembre de 1997, hubiese entregado esa información suficiente y transparente, pues la simple suscripción de una preforma no demostraba que hubiese habido una libertad informada.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

**OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS (SKANDIA)**, interpuso recurso de apelación de forma parcial en lo que tiene que ver con los gastos de administración y su indexación, teniendo en cuenta que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 autorizaba a los fondos privados a descontar un 3% para «*financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes*», y que esos dineros ya no se encontraban en su poder, por lo que la estarían obligando actuar en detrimento propio, para poder devolver esos dineros.

Sostuvo, que no existe razón para ser condenada a devolver los mismos, pues el actor se había beneficiado, ya que había estado protegido por invalidez y muerte

durante su afiliación a Old Mutual, y sus cotizaciones generaron unos rendimientos financieros.

Consideró, que si los efectos de la ineficacia eran volver las cosas a su estado anterior, como si el actor nunca hubiese pertenecido al RAIS, era lógico que tampoco existieran rendimientos financieros; que esos rendimientos cubren con creces lo descontado por gastos de administración y seguros; y que condenarlos a trasladar los rendimientos más los gastos de administración y seguros constituía un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones.

**COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación argumentando que el actor hizo uso de su derecho de traslado de régimen pensional escogiendo libre y voluntariamente pertenecer al RAIS, y con el pleno conocimiento de sus condiciones y de que sería ese régimen el que le reconocería sus prestaciones económicas.

Expuso, que esta acción se encuentra prescrita conforme lo consagrado en los artículos 488 del CST y del 151 del CPTSS, porque han transcurrido más de 3 años desde que se efectuó el traslado bajo estudio. Y que, en todo caso, el actor también se encuentra inmerso en la prohibición que consagró el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Manifestó, que no se demostró que hubiese existido un vicio en el consentimiento, y que el actor ratificó su deseo de permanecer en el RAIS con el paso de los años. Además, que el demandante incumplió su deber como consumidor financiero de informarse sobre las decisiones que tomó.

### **CONSIDERACIONES**

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Old Mutual (Skandia) y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Pensionar hoy Old Mutual 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 NAYIB FELIPE PÉREZ MENDOZA se afilió al ISS donde aportó desde el 4 de mayo de 1983, hasta el 31 de marzo de 1998, un total de 461,29 (carpeta 4 exp. Digital); y *ii)* que el **5 de diciembre de 1997** se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Pensionar hoy Old Mutual (f.º 22 archivo 2 y f.º 56 archivo 5 exp. Digital), AFP en la que se encuentra actualmente.

### INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –5 de diciembre de 1997-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «libre y voluntariamente» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Pensionar hoy Old Mutual 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 Pensionar suscrito el 5 de diciembre de 1997, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

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

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Sala que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada

la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o **porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo**, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

Tampoco podría sostenerse que al afiliado no haber retornado al RMP, 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:

*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).*

[...]

*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, 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 tanto, se hace necesario Modificar y Adicionar la sentencia de primer grado, aclarando que como quiera que el numeral segundo y tercero imparten condena y orden a Skandia respecto de mismos conceptos, dicha condena quedará así: **ORDENAR** a la AFP Old Mutual (Skandia) el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación del demandante NAYIB FELIPE PÉREZ MENDOZA desde el 1° de febrero de 1998, 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, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta del demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

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

## **PRESCRIPCIÓN**

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

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

## **COSTAS**

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

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

## **RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR Y ADICIONAR LOS NUMERALES SEGUNDO Y TERCERO** de la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a la Old Mutual pensiones y cesantías S.A. (Skandia), a traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación del demandante NAYIB FELIPE PÉREZ MENDOZA desde el 1° de febrero de 1998, 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, 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. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus

respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de Old Mutual (Skandia) y Colpensiones.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado Ponente



**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 Old Mutual (Skandia) y Colpensiones, la suma de \$1.000.000 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 ACUMULADO DE ANA ELISA ARÉVALO DE PÁEZ, MARIELLY PINILLA DE DELGADO, Y DE EMILCE QUIÑONES DE MURCIA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de julio 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 **ANA ELISA ARÉVALO DE PÁEZ** se declare su calidad de cónyuge supérstite y beneficiaria de la pensión de sobrevivientes del causante Armando Aubin Páez Cortés; se ordene a Colpensiones reconocer y pagar esa prestación desde octubre de 2015, con las mesadas adicionales de junio y diciembre, sumas que deberán ser indexadas; se condene a Colpensiones al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y a las costas y agencias en derecho.

**Como hechos fundamento de las pretensiones** (f.º 25-35 archivo 01 exp digital), señaló que el 25 de diciembre de 1960, contrajo matrimonio con el señor Armando Aubin Páez Cortés en la Parroquia Nuestra Señora de Candela del municipio de Maripi (Boyacá), y que su cónyuge falleció el 14 de septiembre de 2015 data para la cual ya estaba pensionado por el ISS hoy Colpensiones.

Indicó, que el 3 de diciembre de 2015, solicitó la sustitución pensional a Colpensiones, pero que esa entidad mediante Resolución GNR 38424 del 4 de febrero de 2016, negó la prestación argumentando que no se había podido establecer la convivencia con el asegurado fallecido; que la convivencia con su esposo se dio desde la fecha del matrimonio hasta el año 1995; es decir, por más de 35 años; que Colpensiones no tuvo en cuenta su condición de cónyuge.

### **CONTESTACIONES DE LA DEMANDA**

**COLPENSIONES** contestó (f.º 46-50 archivo 01 exp digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó la data en que se celebró el matrimonio entre Ana Elisa Arévalo de Páez y el causante señor Armando Aubin Páez Cortés; frente a los demás, indicó que no eran ciertos o que no le constaban, por corresponder a situaciones de la vida personal y familiar de la demandante que desconoce, y aclaró que con ocasión del fallecimiento del asegurado pensionado se presentaron a reclamar la pensión de sobrevivientes las señoras Marielly Pinilla de Delgado, Emilce Quiñones de Murcia y la aquí demandante.

Propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago de IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, pago, carencia de causa para demandar, compensación, prescripción, e innominada o genérica.

El juez de conocimiento, mediante auto del 6 de septiembre de 2018, ordenó vincular a las señoras Marielly Pinilla de Delgado, y Emilce Quiñones de Murcia, como intervinientes *ad excludendum*, pero como quiera que estas habían iniciado cada una proceso ordinario pretendiendo igualmente la pensión de sobrevivientes del señor Armando Aubin Páez Cortés, los cuales habían correspondido a los Juzgados 34 y 35 Laborales del Circuito de Bogotá, estos se acumularon al presente (f.º 93-94 archivo 01 exp digital).

#### **- DEMANDA DE MARIELLY PINILLA DE DELGADO**

Ante el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá se radicó proceso # 11001-31-05-034-2017-00213-00 donde la señora Marielly Pinilla de Delgado citó a juicio a Colpensiones, a Emilce Quiñones de Murcia, y a Ana Elisa Arévalo de Páez, con el fin de que se declarara que convivió con el causante de manera continua e ininterrumpida

desde el 16 de septiembre de 1980, hasta el 14 de septiembre de 2015, en calidad de compañera permanente; que es la única beneficiaria de la pensión de sobrevivientes del *de cuius* y que se condene a Colpensiones a reconocerle y pagarle la misma en un 100%, junto con el retroactivo, los intereses moratorios, la indexación, ultra y extra *petita* y a las costas y agencias en derecho. En forma subsidiaria, peticionó que se declare que es beneficiaria del porcentaje de la pensión de sobrevivientes que le corresponda según el tiempo de convivencia efectiva con el causante.

**Como hechos fundamento de las pretensiones** (f.º 23-37 archivo 04 exp digital), señaló que el 16 de septiembre de 1980, inició convivencia permanente con el causante Armando Aubin Páez Cortés hasta el día de su muerte el 14 de septiembre de 2015; que en los últimos 20 años de convivencia como compañeros permanentes establecieron su residencia en la calle 77# 49-42 barrio Simón Bolívar Bogotá donde compartían los gastos de arriendo, comida y servicios públicos; que en ningún momento se separaron, asistían a eventos sociales y familiares como pareja; que el 30 de agosto de 2013, ella y el señor Armando Aubin Páez Cortés, declararon bajo la gravedad de juramento ante la Notaría 29, que vivían en unión marital de hecho de forma ininterrumpida desde hacía más de 35 años; además, afirma que dependía económicamente de él; que el asegurado pensionado radicó ante Colpensiones una petición manifestando expresamente que en caso de fallecer el derecho a su pensión lo cedería a su compañera permanente señora Marielly Pinilla de Delgado, la cual fue resuelta el 30 de agosto de 2013 teniéndola en cuenta.

Narró, que el *de cuius* era casado con la señora Ana Elisa Arévalo de Páez con quien dejó de convivir antes de iniciar su relación con la señora Pinilla de Delgado; que él pernoctaba al menos dos semanas fuera del domicilio de la pareja, actividad que realizó continuamente durante su relación, aduciendo que debía viajar a Chiquinquirá a visitar y cumplir con su labor paterna con los hijos habidos en su matrimonio. Agregó, que ella fue quien acompañó al señor Armando Aubin Páez Cortés durante su enfermedad y hasta el desenlace de su fallecimiento, acompañándolo en sus hospitalizaciones, citas médicas y exámenes.

Expuso, que solicitó ante Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente del señor Armando Aubin Páez Cortés, pero que esa entidad el 27 de noviembre de 2015, negó la prestación, por existir controversia en las declaraciones y tiempo convivido del causante con las señoras Emilce Quiñones de Murcia, y Ana Elisa Arévalo de Páez.

**Ana Elisa Arévalo de Páez** contestó la demanda (f.º 43-48 archivo 4 exp. Digital), se opuso a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó el relativo a su matrimonio con el causante, la data de fallecimiento del señor Páez; frente a los demás dijo que no le constaban y que debían probarse o que no eran ciertos y aclaró que hizo vida marital con su cónyuge hasta el año 1995, que posteriormente las relaciones se hicieron más informales y que desde el año 2002, el causante hacía presencia en su residencia de manera periódica cada 8 o 15 días, sin manifestar que estuviese conviviendo con la señora Marielly Pinilla de Delgado; que se debe aclarar el estado civil de esa señora pues de su nombre se infería que era casada; que el acta extrajuicio contenía varias inconsistencias, como por ejemplo el lugar de domicilio de la presunta pareja Pinilla-Páez, el estado civil de los declarantes, la dependencia económica de la señora Pinilla respecto del señor Páez, y el tiempo de convivencia.

Formuló como excepciones de mérito, las de falta de legitimación en la causa, pleito pendiente, mejor derecho en cabeza de la demandada Ana Elisa Arévalo de Páez y las demás que resultaran probadas.

**COLPENSIONES** contestó (f.º 55- 62 archivo 04 exp digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó la declaración jurada que realizaron Marielly Pinilla de Delgado y Armando Aubin Páez Cortés, la petición radicada ante Colpensiones por el asegurado de que su pensión fuese cedida a la señora Pinilla, la respuesta emitida por Colpensiones, la fecha en que falleció el pensionado, que la señora Pinilla reclamó la pensión de sobrevivientes y que la misma fue negada.

Propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia del derecho y de la obligación, inexistencia del cobro de intereses moratorios, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción e innominada o genérica.

**Emilce Quiñones de Murcia** contestó (f.º 88- archivo 4 exp. Digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda por ser ella la verdadera compañera permanente. En cuanto a los hechos, aceptó solo la fecha del deceso del señor Páez; frente a los demás, dijo que no le constaban que debían probarse o que no eran ciertos y aclaró que, convivió con el señor Páez durante 37 años de manera ininterrumpida, entre 1980 y el 14 de septiembre de 2015, en el domicilio carrera 106 Bis #143-15 en Suba, que ellos, es decir, Emilce Quiñones de Murcia y Armando Aubin Páez Cortés mediante declaración extra proceso de fecha 28 de julio de 2005 expusieron que hacía

25 años vivían en unión libre, bajo el mismo techo y que ella dependía económicamente de él, la cual reposa su original en Colpensiones; y que quien veló por los medicamentos y lidió con la enfermedad del causante fue ella como su compañera permanente.

Formuló como excepción de mérito la de falta de legitimación en la causa por activa.

- **DEMANDA DE EMILCE QUIÑONES DE MURCIA**

Ante el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá se radicó proceso # 11001-31-05-035-2017-00579-00 donde la señora Emilce Quiñones de Murcia pretende que se declare que convivió en calidad de compañera permanente con el causante señor Armando Aubin Páez Cortés por más de 37 años, y hasta el día de su muerte; en consecuencia, pretende que se ordene a Colpensiones reconocerle y pagarle el 100% de la pensión de sobrevivientes y/o sustitución de la pensión, junto con el retroactivo, los intereses, indexación y demás derechos derivados, y a las costas del proceso.

**Como hechos fundamento de las pretensiones** (f.º 23-37 archivo 04 exp digital), señaló que convivió con el causante de manera ininterrumpida por más de 37 años entre el año 1980 y el 14 de septiembre de 2015, que fruto de esa unión nació su hija Yenny Marcela Páez Quiñones quien a la presentación de la demanda tenía 36 años de edad; que inicialmente fijaron su residencia en Simijaca Cundinamarca y posteriormente en Bogotá, en la carrera 106 Bis #143-15 en Suba; que el ISS le reconoció pensión de vejez al fallecido mediante Resolución 9459 del 1º de enero de 2005, la cual fue efectiva a partir del 5 de febrero de 2011 en cuantía de \$644.350; que reclamó la pensión de sobrevivientes ante Colpensiones, pero que esta fue negada.

El juzgado de conocimiento mediante auto del 22 de septiembre de 2017 admitió la demanda y ordenó vincular a la señora Marielly Pinilla de Delgado como *ad excludendum*.

**COLPENSIONES** contestó (f.º 55- 60 archivo 05 exp digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó que el causante era pensionado por vejez y la fecha de su deceso; frente a los demás, dijo no constarle por corresponder a hechos privados de quien demandó. Propuso como excepciones

las de prescripción, inexistencia del derecho reclamado, buena fe, cobro de lo no debido y la genérica.

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 2 de marzo de 2021 (archivo 6 y 7 exp. digital), resolvió:

*PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer a favor de las demandantes una pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del pensionado ARMANDO AUBIN PÁEZ CORTÉS, a partir del 15 de septiembre de 2015, y, en las siguientes proporciones:*

- a) 33.2% a favor de ANA ELISA ARÉVALO De PÁEZ.*
- b) 33.5% a favor de EMILCE QUIÑONEZ De MURCIA.*
- c) 33.3% a favor de MARIELLY PINILLA De DELGADO.*

*SEGUNDO: la prestación reconocida deberá reconocerse junto con los reajustes legales, mesada 13 adicional, y, cada mesada deberá indexarse teniendo en cuenta como IPC inicial el del mes en que se cause cada mesada y como IPC final el del mes anterior en que se efectúe su pago.*

*TERCERO: La pensión se acrecerá a favor de cada una de las demandantes en el evento en que se extinga para alguna de ellas su derecho a percibir la pensión, y, se acrecerá en partes iguales.*

*CUARTO: SINCOSTAS. QUINTO: SE AUTORIZA de descontar del retroactivo, los aportes al sistema en seguridad social en salud.*

*SEXTO: en caso de que este fallo no fuera apelado consúltese con el superior a favor de COLPENSIONES.*

El juez de primera instancia dio por probado que: *i)* el señor Armando Aubin Páez Cortés falleció el 14 de septiembre de 2015, data para la que tenía la calidad de pensionado; *ii)* que la señora Ana Elisa Arévalo de Páez acreditó su condición de cónyuge del causante; y *iii)* que las señoras Emilse Quiñones de Murcia y Mariely Pinilla de Delgado reclamaron la pensión de sobrevivientes aduciendo ser las compañeras permanentes del fallecido.

Expuso, que como el pensionado había fallecido en el año 2015, la norma aplicable para definir la controversia era la Ley 797 de 2003; que respecto de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes establecía que, en primer orden correspondía al cónyuge, compañero (a) permanente, con la posibilidad de que, si existió convivencia simultánea se reconozca o se acredite el derecho en proporción a dicha convivencia.

Explicó, que en ese asunto nos encontrábamos ante la muerte de un pensionado, razón por la que era necesario que quienes alegaban tener la condición de compañeras permanentes acreditaran una convivencia con el causante no menor de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte, y respecto de la cónyuge advirtió que tenía que probar 5 años de convivencia en cualquier tiempo. Citó en extenso la sentencia CSJ SL1399-2018.

Consideró, que por convivencia debía entenderse la comunidad de vida forjada en el amor responsable, la ayuda mutua, apoyo económico, asistencia solidaria y acompañamiento espiritual que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida en pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real y efectiva durante los años anteriores al fallecimiento del pensionado.

Señaló, que en este asunto era el señor Páez quién no estaba siguiendo los lineamientos atrás mencionados, encontrando que eran las tres señoras las únicas que estaban comprometidas con dicho proyecto de vida, pues la actividad laboral del fallecido (Conductor de Bus), le permitió ser infiel y fallarle a su cónyuge señora Ana Elisa Arévalo, entablado relaciones extramatrimoniales con las señoras Emilse y Marielly.

Narró, que todos los testigos fueron contestes, espontáneos y coincidieron en señalar que la actividad laboral del fallecido señor Páez era conductor de bus intermunicipal, que se ausentaba días o semanas en todos los hogares de acuerdo con esa actividad, y ello le permitió fácilmente construir 3 hogares.

Indicó, que la señora Ana Elisa Arévalo allegó al proceso además de su registro civil de matrimonio, los testimonios de Flor Marina Moreno y Jazmín Leyton quienes conocieron a la familia Páez Arévalo compuesta por 8 hijos y dada la cercanía, podían dar fe de la convivencia de la pareja de esposos; que la señora Jazmín narró como lamentable la ruptura de esa familia, indicando que había ocurrido en diciembre de 1995, pero que el señor Páez continuaba asistiendo y cumpliendo con sus labores de buen padre de familia, de lo que concluyó que sí existió una convivencia real y efectiva entre cónyuges, pero que como no se tenía fecha exacta de la ruptura, se tomaría como data de esta el 30 de noviembre de 1995, y como fecha de inicio de la convivencia el día de su matrimonio el 25 de diciembre de 1960, lo que arrojaba 12.570 días.

Respecto de la señora Emilse Quiñones de Murcia, explicó que había amplio material probatorio, pues el señor Páez la tenía afiliada como beneficiaria en su servicio de salud, existía una declaración ante Notaría tanto del señor Páez como de la señora Quiñones en la que efectivamente señalaron que desde 1980, mantenían un núcleo familiar, del cual procrearon una hija llamada Jenny Marcela Páez Quiñones, y en ese sentido se habían aportado fotografías que daban cuenta de esa relación, pues se evidenciaba a ese núcleo familiar en diferentes celebraciones, compartiendo como familia; que los testimonios fueron coincidentes en señalar que el señor Páez se ausentaba en razón a su actividad, por ejemplo la señora Ana Solano indicó que fue vecina de la pareja en Simijaca y dio fe de la convivencia de esa pareja en ese municipio; que la declarante Fanny Murcia los conoció en el año 2007, por ser sus vecinos en Suba, y le consta de la convivencia como pareja. Agregó que estos testigos habían sido interrogados con esmero por el despacho, percatándose de que estos eran espontáneos y creíbles; y en consecuencia, concluyó que la convivencia de la pareja Páez Quiñones inició en 1980 y permaneció hasta la fecha de deceso del señor Páez, esto es, 14 de septiembre de 2015, arrojando 12.854 días de convivencia.

Y frente a la versión de Mariely Pinilla de Delgado, expuso que el señor Páez también había realizado una declaración extra-juicio aceptando la convivencia con esta señora, desde hacía 35 años al momento de esa declaración; que teniendo en cuenta que en la misma demanda se acepta que la convivencia inició en 1980, el despacho se sujetó a esa data, y que la misma permaneció hasta la muerte del señor Páez. Señaló, que el testimonio del señor Ronald Delgado hijastro del fallecido, fue espontáneo, que este siempre lo vio como una figura paterna que rodeaba ese lazo esa unión, que fue él quien compartió efectivamente la convivencia de su madre con el señor Páez, *«el testigo indicó que en los eventos familiares era secreto a voz de los hogares que tenía el Sr. Armando»*, por lo que ofrecía total credibilidad; que la testigo María Numpaqué, también dio fe que la relación que existía entre la señora Pinilla y el señor Páez, porque esta pareja vivía desde 1990, en arriendo en la casa de su hermana; que el señor Páez era conductor de bus intermunicipal, que llegaba en una flota y permanecía en esa vivienda; que cuando no veía la flota era porque él estaba trabajando. Agregó, que también se allegó material fotográfico donde se advertían la estancia en el hospital del señor Páez, lo que daba cuenta de su cercanía e intimidad con el causante; que haciendo las cuentas, la convivencia se había dado por 12.602 días.

Finalmente, determinó que la prestación debía reconocerse a la señora Arévalo de Páez en un 33.2%, a la señora Quiñones en un 33.5%, y a la señora Pinilla en un

33.3%; que cuando se agote o se extinga el derecho para alguna, se acrecentará la prestación de las o la sobreviviente; que esta pensión se reconocería desde el 15 de septiembre de 2015, junto con los reajustes legales, en 13 mesadas, y cada mesada debía ser indexada a la fecha de su pago.

Ninguna de las partes, interpuso recurso alguno.

## CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados, procede esta Sala en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones conforme lo establece el artículo 69 del CPTSS, a determinar, si a las demandantes les asiste el derecho a percibir la pensión de sobrevivientes como beneficiarias del causante.

En el presente asunto no es materia de discusión que: *i)* el señor Armando Aubin Páez Cortés falleció el 14 de septiembre de 2015; *ii)* que el ISS le reconoció al señor Páez una pensión de vejez a partir del 5 de febrero de 2011; *iii)* que el fallecido contrajo matrimonio católico con la señora Ana Elisa Arévalo de Páez el 25 de diciembre de 1960; y *iv)* que a Colpensiones se presentaron a reclamar la pensión de sobrevivientes la cónyuge y las señoras Emilse Quiñones de Murcia y Mariely Pinilla de Delgado en calidad de compañeras permanentes.

Teniendo en cuenta que, en el presente asunto no es materia de discusión la causación del derecho a la pensión de sobrevivientes, sino quienes son sus beneficiarias como quiera que existe controversia entre la cónyuge y dos presuntas compañeras permanentes, la sala solo analizará este preciso asunto.

Como quiera que el pensionado Páez falleció en septiembre de 2015, la norma aplicable al caso con el fin de determinar los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que puntualmente señala:

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

*b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de*

*30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).*

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

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

(...)

Conforme lo anterior, se analizará primero el material probatorio con el fin de determinar, el supuesto fáctico en el que nos encontramos, para después establecer la solución jurídica fijada en la norma citada.

Del material probatorio se observa, que la señora **Ana Elisa Arévalo de Páez** contrajo matrimonio católico con el señor Armando Aubin Páez Cortés el 25 de diciembre de 1960 (f.º 3 archivo 1 exp. Digital); que según su demanda convivieron como pareja hasta diciembre de 1995 (hecho 4 f.º 11 archivo 1 exp. Digital). De acuerdo a su interrogatorio de parte, se evidencia que conoció a su cónyuge porque era conductor de camión, y posteriormente de bus intermunicipal, que procrearon 8 hijos, el menor nació el 20 de noviembre de 1978, porque hoy (2021) tiene 43 años, y que convivieron desde el día de su matrimonio hasta 1995, cuando se separaron porque él se portaba mal, «no era un hombre serio, bueno, se desbarató el hogar», era «mujeriego», que por su gremio «se la pasaba con una y con otra», que supo que él siempre le fue infiel por lo que la familia de él comentaba; que inicialmente vivieron con sus padres en Santa Elena de Maripi, luego al lado de la carretera en una finca de su suegro en Buenavista Boyacá (hasta que tuvo el último hijo); posteriormente regresaron a vivir con sus padres en Santa Elena de Maripi y allí estuvieron por tres años, y finalmente el señor Páez compró un lote; que en compañía con los hijos construyeron una casa en Chiquinquirá y allí se fueron con todos los hijos; que él viajaba mucho, pero que casi no estaba alejado; que donde más dormía era en Bogotá; que cuando se separaron el señor Páez llegaba a visitarlos cada 8 o 15 días y se quedaba con ella en el mismo cuarto porque ella era la esposa.

La testigo Flor Marina Moreno, expresó que conocía a la pareja Páez Arévalo desde 1982, más o menos, porque eran vecinas en Chiquinquirá, luego fue la novia de su hijo César y que actualmente es la esposa de este; que el señor Páez trabajaba como conductor de bus de flota (la Santa fe, la Reina y la Gaviota); que toda la vida vio al señor Páez ir a la casa de la señora Ana Elisa en Chiquinquirá más o menos cada 8 o 15 días cuando él tenía esa ruta; que ya en los últimos días el señor Páez se pensionó y hacía relevos. Que ellos se comportaban como pareja, que la señora Ana Elisa le enviaba el almuerzo y el uniforme al terminal en Chiquinquirá y él le enviaba plata para los gastos.

La testigo Yazmín Laiton Laiton, manifestó que conocía a la señora Ana Elisa desde hacía 30 años aproximadamente, porque trabajó con ella más o menos 10 años desde 1988, haciendo “cuajadas” en la casa de Ana; que conoció la familia compuesta por la pareja Páez Arévalo y sus 8 hijos; que el señor Páez dormía en el mismo cuarto con la señora Ana y eran una pareja normal; que él era conductor de flota (la reina), que ellos tuvieron una unión matrimonial hasta diciembre de 1995, porque tuvieron un problema duro y ella le dijo que se fuera, que no quería vivir más con él, porque no le colaboraba para las cosas; que después de 1995, el causante continuaba yendo a esa casa normal, visitando a sus hijos y aportando al hogar, como todas las parejas que se pelean y vuelven.

De las pruebas estudiadas surge con certeza que la señora Ana Elisa convivió con el señor Páez desde su matrimonio el 25 de diciembre de 1960, hasta diciembre de 1995, tal como lo refiere en el texto de su demanda, pues aunque de las declaraciones de los testigos y del interrogatorio de parte de la señora Ana se logra colegir que él continuó frecuentando esa casa y a su esposa, fue ella quien en su demanda estableció esa fecha como límite de la convivencia, encontrando esta Sala que esta se dio por espacio de 35 años.

De otro lado, la señora **Emilse Quiñones de Murcia**, quien afirma ser la compañera permanente del señor Páez, señaló que convivió con él desde 1980, hasta su deceso el 14 de septiembre de 2015, allegando como pruebas el registro civil de nacimiento de una hija en común llamada Yenny Páez Quiñones quien nació el 6 de enero de 1981 (f.º 14 archivo 5 exp. Digital), un acta de declaración extraprocesal rendida ante la Notaría 59 del Círculo de Bogotá el 25 de julio de 2005, con destino al ISS, donde la pareja Páez Quiñones manifestaron que vivían bajo el mismo techo, en unión libre desde hacía 25 años; que la señora Quiñones dependía económicamente del señor Páez porque no se encontraba trabajando (f.º 25 archivo 5 exp. Digital); que

fue beneficiaria en SaludTotal desde el mismo momento de la afiliación del señor Páez como cotizante el 2 de marzo de 1999 (f.º 28 archivo 5 exp. Digital), múltiples fotos donde se evidencia el compartir de la pareja Páez Quiñones con su hija, en diferentes espacios (f.º 30-34 archivo 5 exp. digital).

La señora Emilse Quiñones en su interrogatorio de parte, expuso que conoció al señor Páez en una vereda de Buenavista-Boyacá donde ella vivía porque él era conductor; que ellos resultaron viviendo juntos en Simijaca en una casa que sus padres le habían dado; que de esa unión se procreó una hija de nombre Marcela que nació el 6 de enero de 1981; que él viajaba a los pueblos entonces llegaba cada 3 o 4 días y a veces se demoraba hasta 8 días; que después de 15 años ella vendió la casa de sus padres y compró una en el Barrio Lombardía en Bogotá, a donde se mudaron y allí vivieron hasta el 14 de septiembre de 2015, cuando él murió; que el señor Páez siguió con su misma actividad de conductor y llegaba a la casa cada 5 o 8 días; que el señor Páez al poco tiempo de estar conviviendo le contó que era casado con la señora Ana Elisa con quien tenía unos hijos pero que ya se había separado; que ella desconocía si él frecuentaba esa familia porque su trabajo era viajando. Expuso que el señor Páez sufría de artritis, que lo operaron de la próstata (cuando tenía 60 años); que murió de una enfermedad llamada (...) múltiple; que ella lo acompañaba al médico y cuando se agravó lo llevó a la clínica, donde lo hospitalizaron por 35 días y allí murió. Manifestó que en el año 2015, no viajaba porque ya se sentía muy mal, pero que en el 2014 lo hacía cada 15 días y dejaba de dormir en la casa entre 5 o 8 días, y se quedaba con ella en la casa entre 3 y 4 días; que conoció a la señora Pinilla cuando el señor Páez murió porque ella llegó a la clínica y dijo que también convivía con él y posteriormente la vio en el velorio, pero que nunca intercambiaron palabras.

La testigo Fanny Cifuentes Murcia, expuso que conoce a la señora Quiñones desde finales del año 2007, que la visitaba una o dos veces a la semana porque con su hija salían a hacer deporte en las mañanas y cuando regresaban ahí la veía; que el grupo familiar estaba conformado por la pareja Páez Quiñones y Rafael, Eliana y Marcela; que al señor Páez lo veía a veces porque permanecía viajando porque conducía flotas hacia Boyacá; que ya en el último año cuando él enfermó lo veía más seguido; que Emilce dependía económicamente del señor Páez, y que ellos como pareja eran muy afectuosos.

La declarante Ana Deisy Solano Solano, indicó que conoce a la señora Emilse Quiñones de Murcia porque son amigas desde hace aproximadamente 35 años, que se conocieron en Simijaca de donde son oriundas, que era vecina de la pareja Páez

Quiñones en Simijaca; que todo el tiempo los visitaba y permanecían juntos; que el señor Páez llegaba de su trabajo y les traía mercado, fruta, pollo, plátano; que el crió a los dos hijos de la señora Quiñones como si fueran sus hijos y tuvo una hija con ella; que él trabajaba entre Chiquinquirá, muzo o Bucaramanga; que ellos se trasladaron a Bogotá a Suba aproximadamente en el año 2000, en fechas similares a la testigo; que nuevamente fueron vecinas y los visitaba muy seguido porque le ayudaba a la nieta de la señora Emilse con las tareas; que la pareja Páez Quiñones convivieron en armonía; que él le decía «*mi amor*» a ella y que cuando el señor Páez no estaba era porque se encontraba viajando-trabajando; que le constaba que el señor Páez sufría de la Próstata y que se quejaba de varios dolores entre ellos de espalda, que en la clínica quien lo cuidaba era Emilse y su hija Marcela.

De las pruebas referidas, se evidencia que la señora Quiñones y el señor Páez convivieron como pareja desde 1980, como ella lo refiere, pues su hija em común nació el 6 de enero de 1981, relación que permaneció hasta el 14 de septiembre de 2015; que entre ellos dos existió un acompañamiento permanente con la intención de permanecer unidos, observándose que la señora Quiñones siempre lo respetó y lo esperó en su hogar como su compañero permanente y el señor Páez le hacía creer que ello era así, llegando al hogar después de cubrir la ruta asignada en su trabajo, actuando como su pareja sentimental, aportando económicamente al sostenimiento del hogar, profesándose apoyo moral, material y afectivo; además, era ella su beneficiaria en el sistema de salud, máxime que la misma pareja de forma voluntaria suscribieron en julio de 2005, una declaración extraprocésal en donde confesaron que estaban en unión libre desde hacía 25 años; es decir, desde 1980; conforme la prueba testimonial y la declaración de parte de la señora Pinilla, fue Emilse quien lo acompañó en varias hospitalizaciones (cirugía de la próstata y enfermedad de la que murió). Bajo estos parámetros está acreditado que entre esta pareja existió una convivencia de 35 años y 9 meses.

Por su parte **Mariely Pinilla de Delgado**, también manifestó que fue la compañera permanente del señor Páez, que inició convivencia con él en septiembre 16 de 1980 y esta permaneció hasta su muerte el 14 de septiembre de 2015; para demostrar dicha convivencia allegó como pruebas, una declaración extraprocésal rendida ante la Notaría 29 de Bogotá el 30 de agosto de 2013, por el causante y la señora Pinilla donde indicaron que convivían en unión libre, bajo el mismo techo de forma ininterrumpida desde hacía 35 años; que no habían procreado hijos; que la señora Pinilla dependía económicamente del señor Páez (f.º 3 archivo 4 exp. Digital); dos declaraciones extraprocésales rendidas por los señores Angela del Pilar Conde

Jiménez y Rubén Darío Acosta González, quienes manifestaron que conocían a la pareja Páez Pinilla y que sabían que ellos convivían compartiendo techo, lecho y mesa desde el 7 de septiembre de 1980, hasta el 14 de septiembre de 2015; una petición realizada por el señor Páez donde expresó que *«autorizó a Colpensiones que en caso de fallecimiento o cualquier percance que tenga, como uno no está exento de nada, deseo que mi pensión a que tengo derecho desde hace aproximadamente diez (10) años, se le cedan a mi señora Mariely Pinilla de Delgado (...) ya que llevamos en unión marital más de 35 años»* (f.º 9 archivo 4 exp. Digital); 7 fotografías en las que se observa a la pareja Páez Pinilla compartiendo, incluso se evidencia a la señora Pinilla acompañando y cuidando al señor Páez en el hospital (f.º 19-22 archivo 4 exp. Digital).

La señora Mariely Pinilla en su interrogatorio de parte, señaló que conoció al señor Páez en un viaje a Chiquinquirá, que se siguieron frecuentando y posteriormente un 16 de septiembre de 1980, se fueron a vivir juntos al barrio Centenario Bogotá, luego a El Carmen, luego al Simón Bolívar (vivieron más de 20 años) y finalmente a Bachué, porque su hijo Ronald compró un apartamento dúplex en el año 2010, y allá llegaron a vivir; que él conducía una flota (la Reina, expreso Boyacá, rio negro de Villa Gómez, y expreso gaviota); que ya en los últimos años por la edad, manejaba una Toyota para los pueblos de Boyacá; que él venía a Bogotá dependiendo de la ruta que le dieran, a veces se ausentaba de un día para otro, pero que en ocasiones podía tardarse dos o tres días a la semana; que cuando más se ausentó fue en los últimos años cuando manejaba las Toyota porque esas no venían a Bogotá, sino solo a pueblos en Boyacá.

Expuso, que no sabía de la señora Ana Elisa, que si supo mucho tiempo después de empezar a convivir con él, de la señora Emilce en Simijaca; que ella le lavaba la ropa porque como él viajaba tenía una ropa en Simijaca y otra en Bogotá con ella y ambas le lavaban la ropa. Mencionó que el señor Páez era hipertenso; que le hicieron una cirugía de la próstata (estaba con Emilce en Suba); que ella lo acompañaba al optómetra, luego lo hospitalizaron y murió; que cuando estuvo hospitalizado él la llamaba para que fuera a visitarlo cuando la señora Emilce no estuviera; que él trataba de esconderla de Emilce, para no tener problemas con ella; que supo que tenía una relación con Emilce de más o menos 5 años antes de su muerte; que se enteró que el señor Páez unos días frecuentaba la casa de Emilce y otros días su casa, es decir que hacía alternancia.

El testigo Ronald Armando Delgado Pinilla hijo de la señora Pinilla y quien fue criado por el señor Páez, indicó que distinguió a la señora Emilce Quiñones, porque

cuando era pequeño en diciembre cuando se reunía la familia del señor Páez allá la veía y salió a colación el tema del segundo hogar del señor Páez, pero nunca hablaron con Emilce; que eso se dio cuando el señor Páez estuvo hospitalizado y se coordinó su acompañamiento, hasta que al final se acordó una enfermera paga por los dos hogares para que el señor Páez estuviera bien cuidado. Que él tiene recuerdos más o menos desde sus 6 años y desde entonces su mamá ya vivía con el causante como pareja; que en el barrio Simón Bolívar aproximadamente fue desde 1991, hasta 2010, luego en Bachué; que el señor Páez se ausentaba como mínimo día de por medio o también una semana o 15 días; que a veces la señora Pinilla lo acompañaba a los viajes y en ocasiones viajaban los tres a los pueblitos y regresaban.

La testigo María Antonia Numpaque Lugo, informó que conoce a la señora Mariely Pinilla y a su esposo el señor Páez desde el año 1990, porque eran vecinos en el barrio Simón Bolívar hasta 2010 cuando se fueron a Bachué; que él señor Páez toda la vida manejó una flota hasta que se fueron a Bachué, la que parqueaba afuera de la misma cuando él se encontraba allí; que cuando no estaba era porque se encontraba trabajando; que él viajaba por las afueras de la ciudad; que se demoraba tres o dos días, que la señora Pinilla tenía un hijo Ronald; que ellos salían a pasear los tres, que hacían mercado y compraban sus cosas, y que ellos tenían un hogar porque siempre estaba juntos.

El testigo Diego Iván Galindo González manifestó que conoció a la pareja Páez Pinilla en el año 1995, aproximadamente porque fue compañero de colegio de Ronald y hacían las tareas en la vivienda de los Páez Pinilla; que después de graduarse en el año 1997, se siguieron frecuentando; que el señor Páez permanecía en la casa con la señora Pinilla; que los conoció como pareja y como los padres de su amigo.

Surge evidente de las pruebas antes relacionadas que el señor Páez también tenía un hogar con la señora Pinilla, el cual nació con la convivencia que ella refiere fue desde el 16 de septiembre de 1980, y hasta el 14 de septiembre de 2015, cuando el señor Páez murió en la clínica, lo cual se desprende también de la declaración extraprocesal rendida voluntariamente el 30 de agosto de 2013, ante una Notaría donde ambos confirmaron que vivían en unión libre desde hacía 35 años, situación que también expresó el causante en una petición realizada ante Colpensiones con el ánimo de que fuera la señora Pinilla quien sustituyera su pensión, evidenciándose de parte del señor Páez hacia la señora Pinilla una intención seria y real de continuar con su vínculo, y de parte de los dos de una comunidad de vida, de apoyo moral, material

y afectivo y en general, un acompañamiento espiritual permanente como compañeros maritales.

De las declaraciones de parte y de los testimonios recepcionados, se pudo evidenciar que el señor Páez (nació en 1938 y murió en 2015), siempre tuvo el mismo modus operandi, dado que toda su vida fue conductor, inicialmente de camión, luego de flota intermunicipal laborando para varias empresas y finalmente de unas camionetas Toyota, las cuales manejó incluso hasta 5 meses antes de su muerte; que siempre trabajó en el departamento de Boyacá entre pueblos y Boyacá- Bogotá, lo que le permitió conocer a las tres mujeres en controversia y establecer con cada una un hogar diferente, pues con su esposa la señora Ana la conoció en Santa Elena de Maripi (Boyacá), y terminaron viviendo en Chiquinquirá. A la señora Emilce la conoció en una vereda de Buenavista-Boyacá, luego se fueron a vivir juntos en Simijaca y finalmente en Suba-Bogotá.

En cuanto a la señora Mariely, la conoció en un viaje a Chiquinquirá y siempre vivieron en Bogotá en diferentes barrios siendo el último en Bachué-Engativá, situación que le permitió rotar su tiempo entre los diferentes hogares, tener a donde llegar siempre durante sus rutas de trabajo, le lavaran la ropa, cocinaran y el calor de una familia, situación que no era secreta para el hogar que tuvo con la señora Ana y por ello se separaron en el año 1995; pese a ello, él la seguía frecuentando como su esposa; tampoco lo fue para el hogar que tenía con la señora Mariely, pues su hijo Ronald manifestó que conocía que el señor Páez tenía otro hogar desde que era pequeño porque en la reuniones familiares ese tema salía a colación.

Establecidos los anteriores supuestos fácticos, se debe advertir que el presente asunto lo rige el inciso 3º del literal b) de la Ley 797 de 2003, y en ese sentido la cónyuge separada de hecho, pero con vínculo matrimonial vigente, es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes si acredita una convivencia mínima de 5 años con el causante en cualquier tiempo, en vigencia del vínculo matrimonial (sentencia CSJ SL1180-2022), en una proporción equivalente al tiempo de convivencia.

Así mismo cuando el causante tiene convivencia simultánea con dos o más compañeras permanentes se genera el derecho a la pensión, dividida proporcionalmente entre las dos compañeras supérstites. Así, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL402-2013, reiterada en la CSJ SL18102-2016 y CSJ SL2893-2021, se enseñó al respecto:

*[...] si bien es cierto que la concurrencia de dos o más compañeras permanentes es un punto no regulado expresamente en nuestra legislación, lo cierto es que, conforme a*

*los criterios jurisprudenciales que se han trazado sobre el punto, es dable que una persona haya mantenido por separado, pero simultáneamente, una convivencia o vida marital con dos personas, de manera que frente a ese vacío normativo la solución lógica no es la de negar el derecho a quienes al mismo tiempo cumplieron con los requisitos exigidos en las normas aplicables. En este sentido se dijo en sentencia de 17 de agosto de 2006, radicada con el número 27405, lo siguiente:*

*“Si bien es cierto que la existencia simultánea de dos o más compañeras permanentes es un asunto no gobernado expresamente en la legislación vigente para la época del fallecimiento del causante, no es menos cierto que de acuerdo con los criterios señalados por la jurisprudencia acerca de lo que debe entenderse por convivencia, de cara al surgimiento del derecho a una sustitución pensional, es posible que una persona mantuviera por separado, pero simultáneamente, una convivencia o vida marital con dos personas. Pero ello no indica que ante la falta de una regulación expresa la solución lógica fuese la de negar el derecho a quienes al mismo tiempo cumplieron con los requisitos exigidos en las normas aplicables.*

Entonces, en el presente asunto donde el causante pensionado tenía una cónyuge supérstite separada de hecho y dos compañeras permanentes, el 100% de su prestación debía dividirse en términos proporcionales al lapso de tiempo de convivencia, que se traducirá para cada una en un porcentaje hasta la suma del referido 100% del total del derecho.

Así, resulta claro que la decisión de primera instancia es ajustada a los parámetros fácticos y jurídicos aquí referidos, toda vez que la pensión de sobrevivientes podía beneficiar válidamente a la cónyuge y a las dos compañeras permanentes del pensionado fallecido en forma proporcional, siempre y cuando hubieren demostrado el cumplimiento de las exigencias o requisitos legales respectivos; para el caso las tres probaron convivencia en tiempo superior a 35 años, por lo que la distribución que realizó el *a quo* se encuentra ajustada a la realidad, al igual que la orden de que en caso de que se extinga el derecho para alguna de ella se acrecentará el de las demás, hasta quedar en cabeza de una sola el 100%.

Ahora, frente a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones advierte la sala que esta no se configuró, dado que, el señor Páez falleció el 14 de septiembre de 2015, las demandantes en controversia se presentaron a dicha entidad a reclamar la pensión de sobrevivientes así: la cónyuge el 3 de diciembre de 2015, la compañera Pinilla el 28 de septiembre de 2015 y la compañera Quiñones el 5 de octubre de 2015, reclamantes a las que se les negó el derecho, y cada una radicó proceso ordinario ante esta jurisdicción en los años 2016 y 2017, data para la cual no habían transcurrido 3 años, a los que hace mención el artículo 151 del CPTSS.

En consecuencia, se confirmará la decisión consultada.

## COSTAS

Sin costas está en instancia.

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

## RESUELVE:

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia consultada, proferida por el Juzgado 05 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado Ponente



**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 DE OLGA LUCÍA VILLEGAS JARAMILLO CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP-**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de julio 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 **OLGA LUCÍA VILLEGAS JARAMILLO**, se declare que es beneficiaria de la pensión de jubilación convencional conforme el artículo 42 de la Convención Colectiva de Trabajo (en adelante CCT) celebrada entre la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y el Sintracreditario periodo «2010-2012» (*sic*). En consecuencia se condene a la UGPP a reliquidar y pagar la pensión de jubilación convencional reconocida a partir del 1° de febrero de 2004, en el entendido que la cuantía debe ser equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios, sumando el primer factor más el segundo factor y la indexación; se ordene el pago del mayor valor o las diferencias de las mesadas pensionales si las hubiera, entre la pensión de jubilación convencional y la pensión de vejez reconocida por el ISS, después de efectuada la reliquidación, indexación y ajustes anuales de ley, a partir del 1° de mayo de 2008 en adelante; se condene al pago de la indexación o corrección monetaria sobre las sumas de dinero resultantes, tomando como base el IPC, las costas y agencias en derecho, y se haga uso de las facultades ultra y extra petita.

**Como hechos fundamento de las pretensiones** (f.º 2-9 exp. físico), señaló que laboró para la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero entre el 10 de octubre de 1970 y el 15 de noviembre de 1991; que mediante Resolución 03348 del 20 de octubre de 2004, se le reconoció pensión de jubilación convencional a partir del 1º de febrero del mismo año, en cuantía de \$358.000, prestación que fue indexada mediante Resolución 170 del 25 de enero de 2013 en cumplimiento de un fallo judicial, quedando en cuantía de \$345.272 efectiva a partir del 9 de junio de 2002.

Sostuvo, que mediante Resolución 009709 del 24 de abril de 2008, se modificó la Resolución 014477 del 30 de julio de 2010, ambas expedidas por el ISS, se le reconoció una pensión de vejez a partir del 2 de marzo de 2008, en cuantía de \$1.558.101; que la Caja Agraria en Liquidación expidió Resolución GP 06430 del 1º de agosto de 2008, estableciendo la compartibilidad de la pensión de jubilación convencional y la de vejez, y ordenó la suspensión de manera definitiva del pago de la pensión convencional a partir de agosto de 2008, atendiendo que la reconocida por ISS (\$1.558.101), era superior a la prestación convencional (\$461.500).

Indicó, que la liquidación de la pensión de jubilación no atendió lo establecido en el párrafo 3º del artículo 42 de la CCT; que si se hubiese liquidado en debida forma con la indexación, arrojaría una mesada pensional para el año 2004, de \$1.449.860 y para el año 2008, la suma de \$1.770.981, resultando mayor a la reconocida para ese mismo año por el ISS (\$1.558.101), quedando una diferencia de \$212.880 mensuales a partir de la fecha de la compartibilidad.

Expuso, que presentó demanda ordinaria laboral solicitando exclusivamente la indexación de la primera mesada pensional la cual fue ordenada, y que mediante Resolución 170 del 25 de enero de 2013, se dio cumplimiento a ello, no obstante, su mesada pensional no se encuentra ajustada al orden legal y extralegal; que presentó reclamación administrativa solicitando la reliquidación de la pensión de jubilación convencional, pero que mediante Resolución RDP 053808 del 16 de diciembre de 2015 le fue negada la petición, y mediante Resolución RDP 022393 del 15 de junio de 2016 se confirmó la decisión.

### **POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA**

La **UGPP** contestó (f.º 132-136 exp. físico), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos señaló a unos que no le constan por corresponder a un tercero o porque no expidió los actos

administrativos a los que se hace referencia y a otros que no eran ciertos y que se atenía a lo probado.

Formuló como excepción previa la de cosa juzgada, la cual se declaró no probada. Y de fondo las de inexistencia de la obligación, pago, prescripción, buena fe e innominada.

### **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 18 de marzo de 2021 (f.º 221-226 exp. físico), resolvió:

*PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda formuladas por la señora OLGA LUCÍA VILLEGAS JARAMILLO y ABSOLVER de las mismas a la UGPP de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*SEGUNDO: CONDENAR en costas a cargo de la parte demandante la suma de \$700.000 como agencias en derecho.*

*TERCERO: DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia de la obligación de pago formuladas por la demandada por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.*

Fijó como problema jurídico, determinar si la demandante tenía derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación convencional reconocida por la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero en los términos del artículo 42 de la CCT 1990-1992, y si, por ende, debía reanudarse su pago y calcularse el mayor valor respecto de la pensión de vejez reconocida por el ISS.

Advirtió, que no era objeto de este proceso verificar los montos que se calcularon luego de ordenarse o efectuarse la indexación de los salarios que se tuvieron en cuenta para calcular la primera mesada pensional, ya que ese, había sido objeto de otro proceso judicial, por lo que verificaría únicamente la forma en que se calculó la mencionada pensión convencional.

Indicó, que conforme el párrafo 3 del artículo 42 de la CCT, para la liquidación de la pensión de jubilación convencional se tiene en cuenta: *i)* un primer factor fijo conformado por el último sueldo básico más primas de antigüedad y/o técnica si las estuviera devengando; y *ii)* un segundo factor conformado por valores variables que son: salario en especie, auxilio de transporte, incentivo de localización, gastos de representación si los hubiere, primas semestrales, habituales y permanentes, horas extras, dominicales o feriados trabajados, viáticos devengados durante 180 días o más y el valor de la sobre remuneración en el caso

de que desempeñe cargos superiores provisionalmente en el último año. Los valores anteriores se suman y dividen por 12 con lo cual se obtiene el segundo factor. De estos dos factores se tomará el 75% establecido.

Expuso, que en la Resolución 3348 del 20 de octubre de 2004, a través de la cual se reconoció la pensión de jubilación convencional, se dijo que para liquidar la prestación se había tenido en cuenta para el primer factor, el salario básico y la prima de antigüedad; y para el segundo factor la prima de diciembre de 1990, la prima de junio y diciembre de 1991, la prima escolar de 1991 y 1992, la prima de vacaciones, el salario en especie y las horas extras, y que la suma total de esos lo había dividido en 12, y posteriormente lo había sumado al factor fijo, lo que arrojó un IBL de \$252.972, que al aplicarle el 75%, daba una mesada pensional de \$189.729, suma que era inferior al SMMLV del año 2002, y por ello reconoció como mesada pensional de un SMMLV, la cual se pagó hasta que el ISS reconoció pensión de vejez.

Acotó, que conforme el certificado de lo devengado durante el último año de servicios de la actora, esta percibió los siguientes factores salariales: salario básico, prima de antigüedad, prima de diciembre de 1990, prima de junio y de diciembre de 1991, prima escolar de 1991 y de 1992, prima de vacaciones, salario en especie y horas extras; concluyendo que todos estos ítems habían sido tenidos en cuenta al momento de calcularse su pensión de jubilación convencional; en consecuencia, consideró que la prestación se había liquidado correctamente; que al ser inferior a la reconocida por el ISS, no había mayor valor a cargo de la Caja Agraria y, que por ende, esta última entidad debía suspender el pago de esa prestación.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

La parte demandante, interpuso recurso de apelación por considerar que el *a quo* incurrió en un error en la valoración y apreciación de las pruebas documentales que obran en el expediente, lo que llevó a incurrir en una equivocación en la aplicación aritmética de los factores para liquidar la mesada, atendiendo que la Resolución que en principio reconoció la pensión de jubilación convencional, tuvo en cuenta para liquidarla tanto el factor fijo como el variable; no obstante, al realizar la indexación por orden judicial la UGPP no incluyó el factor variable, que es lo que se busca con este proceso.

Consideró, que esa circunstancia hizo que la pensión de jubilación se depreciara, pues no se calculó conforme lo estipulaba el párrafo 3 del artículo 42 de la CCT.

## 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 la pensión de jubilación convencional reconocida a la actora mediante Resolución 3348 del 20 de octubre de 2004, e indexada por una decisión judicial, se calculó conforme el artículo 42 de la Convención colectiva de Trabajo 1990-1992.

En el presente asunto no es materia de discusión que la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero le reconoció a la demandante mediante Resolución 3348 del 20 de octubre de 2004, una pensión de jubilación convencional conforme el artículo 42 de la CCT 1990-1992, a partir del 1° de febrero de 2004, en cuantía de \$358.000, teniendo en cuenta:

- Que la señora Villegas Jaramillo prestó sus servicios a esa entidad desde el 10 de octubre de 1970 y el 15 de noviembre de 1991, es decir, por 21 años y 36 días.
- Llegó a sus 50 años de edad el 9 de junio de 2002, dado que nació ese mismo día y año de 1952.
- Que el derecho se causó desde el 9 de junio de 2002, pero el disfrute de la misma se dio desde el 1 de febrero de 2004, porque ella se encontraba trabajando al servicio público hasta el 31 de enero de 2004.
- Que tiene derecho a dos mesadas adicionales una en junio y otra en diciembre.
- Que para la liquidación de la prestación, se tuvo en cuenta:

<b>Primer Factor/ Factor Fijo</b>	
Sueldo Basico	\$ 120.567,00
Prima de Antigüedad	\$ 39.788,00
<b>Total Factor Fijo</b>	<b>\$ 160.355,00</b>

<b>Segundo Factor/ Factores Variables</b>	
Prima Dic/90	\$ 76.567,00
Prima Jun/91	\$ 265.355,00
Prima Dic/91	\$ 264.250,00
Prima Escolar/91	\$ 20.765,00
Prima Escolar/92	\$ 62.332,00
Prima Vacaciones	\$ 185.338,67
Salario Especie	\$ 167.345,00
Horas Extras	\$ 71.187,86
<b>Total Factor Variable</b>	<b>\$ 1.113.140,53</b>

Promedio Factor Variable	\$ 92.617,54
Total Factor Fijo + Variable	\$ 252.972,54
MONTO	75%
TOTAL 1991	\$ 189.729,41
Valor de la Mesada 2002	\$ 309.000,00
Mesada actualizada 2004	\$ 358.000,00

Conforme lo anterior, no es materia de controversia, si la demandante tiene derecho o no a la prestación convencional, ni la fecha desde la cual se causó y se empezó a disfrutar, sino únicamente lo concerniente a su liquidación, asunto que esta Sala entra a analizar, y para lo cual se hace necesario, citar literalmente el párrafo 3° del artículo 42 de la Convención colectiva de Trabajo 1990-1992, así:

*Artículo 42: Pensión de jubilación (...).*

*Parágrafo 3°: La pensión se liquidará así:*

**Primer factor fijo.** *Último sueldo básico más prima de antigüedad y/o técnica si la estuviere devengando.*

**Segundo factor valores variables.** *Salario en especie, auxilio de transporte, incentivo de localización, gastos de representación si los hubiere, primas semestrales, primas habituales o permanentes, horas extra, dominicales o feriados trabajados, viáticos devengados durante 180 días o más y el valor de la sobre remuneración en el caso de que desempeñe cargos superiores provisionalmente, devengados durante el último año.*

*Los valores anteriores se suman y dividen por 12, con lo cual se obtiene el segundo factor.*

*De estos dos factores se tomará el 75% establecido.*

El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural el 12 de octubre de 2016, allegó certificación de lo devengado por la señora Villegas Jaramillo durante el último año de servicios (f.º 93), así:

Concepto	Valor
Sueldo Básico	\$ 120.567
Prima de Antigüedad	\$ 39.788
Gastos de Representación	\$ -
Prima Técnica	\$ -
Prima Dic/90	\$ 76.567
Prima Jun/91	\$ 265.355
Prima Dic/91	\$ 264.250
Prima Escolar/91	\$ 20.765
Prima Escolar/92	\$ 60.332
Prima Sem Viáticos	\$ -
Prima Vacaciones	\$ 185.339
Incentivo Localización	\$ -

Dominicales/ Festivos	\$	-
Salario Especie	\$	167.345
Auxilio de Transporte	\$	-
Sobre remuneración		
Viáticos		
Horas Extras	\$	71.188
Prima Riesgo de Cajero	\$	-
Otros	\$	-

Suma Factores Variables	\$	1.111.411,00
Promedio	\$	92.618,00
Factor Fijo	\$	160.355,00
Total Periodo	\$	252.973,00

Conforme lo anterior, es evidente que la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero al reconocer la pensión de jubilación convencional, lo hizo correctamente, tomando el factor fijo más la doceava parte del factor variable, conforme lo devengado por la actora, a lo cual le sacó el 75% a 1991, y realizó los reajustes de ley a la fecha de causación (2002), y a la data de disfrute (2004).

Advierte la Sala que la demandante inició un proceso ordinario laboral el 30 de mayo de 2007 contra la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero- Caja Agraria en liquidación, donde se petitionó condenar a la demandada a:

*Efectuar la actualización de la base salarial devengada por mis mandantes, con base en el índice de precios al consumidor "IPC", certificado mes a mes por el "DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA "DANE", a las fechas en las cuales se hizo exigible el derecho a la pensión de jubilación convencional, de mis mandantes, así:*

<i>Nombre</i>	<i>desde</i>	<i>hasta</i>
<i>Olga lucia Villegas Jaramillo</i>	<i>oct. 10 de 1970 (sic)</i>	<i>feb. 1 de 2004</i>
<i>(...)</i>		

*Reconocer y pagar a mis mandantes, el ajuste de la mesada pensional, devengada desde el momento en que se reconoció el derecho a la pensión mensual y vitalicia de jubilación convencional, con los respectivos ajustes legales anuales y sus correspondientes primas semestrales.*

*Reconocer y pagar a mis mandantes, los valores que por efectos del reajuste les corresponden en los incrementos legales anuales y en las respectivas primas semestrales.*

*(...)*

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió el proceso en primera instancia, mediante sentencia de fecha 28 de marzo de 2008, resolvió respecto de la aquí demandante:

**PRIMERO: DECLARAR** probada la excepción de prescripción sobre todas las mesadas pensionales anteriores al 27 de abril de 2004 con relación a la demandante **OLGA LUCÍA VILLEGAS JARAMILLO**. De conformidad con la parte motiva.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero hoy Caja Agraria en liquidación, (...) a pagar a los demandantes:

- **OLGA LUCÍA VILLEGAS JARAMILLO** (...) una pensión de jubilación mensual indexada, por la suma de \$345.272,12 desde el 9 de junio de 2002, más las mesadas adicionales de junio y diciembre respectivamente, con los incrementos legales, descontando el valor cancelado por mesadas pensionales, pero solo será pagadera desde el 27 de abril de 2004, ya que las mesadas anteriores se encuentran prescriptas.
- (...)

En la parte motiva de esta decisión judicial se estudió la indexación de la primera mesada de la pensión de jubilación convencional en mención y se accedió a ella con apoyo en la sentencia CSJ SL, 4 jun. 2008, rad. 31226, procediéndose a indexar la prestación, señalando textualmente:

*Estos porcentajes de devaluación anual se deben aplicar sobre el último promedio mensual devengado por la trabajadora, o sea, la suma de \$160.355.*

*Así las cosas, el ingreso base de liquidación equivale a **\$160.355** se actualizará anualmente desde el 15 de noviembre de 1991 fecha de terminación del contrato de trabajo y hasta el 9 de junio de 2002 fecha a partir de la cual a la señora OLGA LUCÍA VILLEGAS JARAMILLO se le reconoció la pensión, de acuerdo con la fórmula que para estos efectos ha venido acogiendo la Corte Suprema de Justicia y que a continuación se copia:*

*FORMULA= S.B.C. por IPC de 1991 a 2002 x N.o de días a indexar por año dividido por el número de días contados desde la fecha de la desvinculación hasta la fecha a partir de la cual se reconoce la pensión.*

*(...)*

*Por tanto, al sumar los anteriores valores destacados en negrilla, correspondientes a cada uno de los años descritos, arroja el valor del ingreso base de liquidación de la mesada pensional del actor indexada año por año, es decir, la suma de \$460.362,83 (...).*

Dicha providencia, quedó ejecutoriada en esos términos dado que, la parte demandante no interpuso recurso de apelación, y la enjuiciada si presentó recurso de alzada, pero el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la decisión, y la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral NO CASÓ esta decisión.

Conforme lo anterior, es indiscutible que la indexación que se ordenó en el proceso antes referido correspondió única y exclusivamente a la suma de \$160.355 que constituye el denominado primer factor fijo, que está compuesto por el último sueldo básico más prima de antigüedad y/o técnica si la estuviere devengando, asunto que se evidencia en la certificación expedida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural el 12 de octubre de 2016, donde se plasmó lo devengado por la

señora Villegas Jaramillo en su último año de servicios, e incluso en la Resolución 3348 del 20 de octubre de 2004, a través de la cual se reconoció la pensión de jubilación convencional, documentos en los que literalmente se indicó como factor fijo:

<b>Primer Factor/ Factor Fijo</b>	
Sueldo Básico	\$ 120.567,00
Prima de Antigüedad	\$ 39.788,00
<b>Total Factor Fijo</b>	<b>\$ 160.355,00</b>

Es decir, que en ese primer proceso se omitió tomar el Segundo Factor Valores Variables, el cual está compuesto por el «*Salario en especie, auxilio de transporte, incentivo de localización, gastos de representación si los hubiere, primas semestrales, primas habituales o permanentes, horas extras, dominicales o feriados trabajados, viáticos devengados durante 180 días o más y el valor de la sobre remuneración en el caso de que desempeñe cargos superiores provisionalmente, devengados durante el último año*»; ítems que sin lugar a dudas deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar la pensión de jubilación convencional conforme el parágrafo 3 del artículo 42 de la CCT, la que ya había sido reconocida en la Resolución 3348 del 20 de octubre de 2004, constituyendo para la demandante un derecho adquirido por haber ingresado a su patrimonio y, por ende, no podía ni puede ser desconocido.

Respecto de los derechos convencionales adquiridos en la sentencia CSJ SL5560-2021, se indicó:

*Pues bien, por definición, un derecho laboral adquirido es aquel que se configura cuando una persona ha satisfecho la totalidad de los requisitos establecidos en las fuentes legales o extralegales sustantivas para su formación o causación. Solo cuando ello ocurre puede decirse que un derecho ha entrado en el patrimonio de la persona y, en esa medida, no es constitucionalmente admisible desconocerlo a través de leyes, contratos, acuerdos o convenios -artículo 53 de la Constitución Nacional.*

En ese mismo sentido en sentencia CSJ SL1149-2022, se expuso:

*Finalmente, cumple acotar que los incrementos pretendidos por el recurrente constituyen verdaderos derechos adquiridos, pues aquél se encuentra pensionado desde el año 1997, a través de la Resolución n.º 14702 del 24 de octubre de esa anualidad (folios 432 a 433 del cuaderno (2) del Juzgado), con venero en la Convención Colectiva de Trabajo 1976 – 1977 y, como quedó visto, a pesar de la derogatoria de la Ley 4ª de 1976, lo cierto es que ésta siguió rigiendo dichos beneficios por virtud de lo establecido en el plurimencionado acuerdo colectivo.*

De esta manera, resulta innegable la conclusión relativa a la existencia de un derecho adquirido a favor de la accionante, dado que la pensión de jubilación convencional se causó desde el año 2002, conforme el artículo 42 de la CCT 1990-

1992, y en este mismo artículo se estableció como se liquidaría esta, quedando además así reconocido en la Resolución 3348 del 20 de octubre de 2004, sin que haya lugar a desconocer dicho derecho, en consecuencia, se revocará la decisión de primera instancia.

En esa perspectiva, la pensión de jubilación convencional bajo estudio debía liquidarse teniendo en cuenta tanto el factor fijo como el segundo correspondiente al factor de valores variables, de los cuales se tomaría el 75%.

Entonces, como en el proceso adelantado ante el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, se ordenó indexar el primer factor (\$160.355), y allí se determinó que indexado al año 2002, correspondía a \$460.362.83, esta suma no se modificará, como quiera que frente a ella existe cosa juzgada, y así se declarara en la parte resolutive de esta decisión; sin embargo, no sucede lo mismo con el segundo factor, valores variables, pues como se dijo en líneas precedentes, en las sentencias emitidas en el proceso ordinario laboral que se adelantó por parte de la aquí demandante contra la misma entidad, nada se dijo sobre estos ítems; por lo tanto, pese a que se ordenó la reliquidación de la pensión convencional, que hoy también nos ocupa, no puede considerarse que hubo una cosa juzgada material frente a estos factores salariales, pues se itera, ello no fue objeto de análisis en aquellos fallos, lo que habilita a esta Sala de Decisión a efectuar pronunciamiento de fondo sobre ese puntal aspecto.

Acorde con lo expuesto, se tiene que el segundo factor valores variables, que consagra la norma convencional transcrita en precedencia, y que debe tenerse en cuenta para efectos de obtener la mesada de la promotora del litigio, está constituido por los siguientes conceptos:

<b>Concepto</b>	<b>Valor</b>
Prima Dic/90	\$ 76.567
Prima Jun/91	\$ 265.355
Prima Dic/91	\$ 264.250
Prima Escolar/91	\$ 20.765
Prima Escolar/92	\$ 60.332
Prima Sem Viáticos	\$ -
Prima Vacaciones	\$ 185.339
Incentivo Localización	\$ -
Dominicales/ Festivos	\$ -
Salario Especie	\$ 167.345
Auxilio de Transporte	\$ -
Sobre remuneración	
Viáticos	
Horas Extras	\$ 71.188

Prima Riesgo de Cajero	\$	-
Otros	\$	-
	\$	1.111.411

Los valores anteriores se suman y dividen por 12, con lo cual se obtiene el segundo factor, que para este caso, al realizar la operación matemática arroja la suma de \$92.618, valor que se va a indexar tomando como fecha de inicio noviembre de 1991 y como fecha final junio de 2002, aplicando la fórmula:

$$VA = Vh \times \frac{IPC \text{ Final}}{IPC \text{ Inicial}}$$

Frente a la procedencia de la indexación de la primera mesada, y la fórmula con la cual debe liquidarse, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recientemente en sentencia CSJ SL525-2022, sostuvo:

*Sobre este tópico resulta de relevancia resaltar, que la indexación es un derecho que encuentra sustento en la equidad, la justicia y los principios generales del derecho, así como en los principios de la Constitución Política de 1991, plasmados en los artículos 48 y 53, según lo adoctrinado por esta Sala en sentencia CSJ SL736-2013, cuya finalidad, es la de contrarrestar los efectos inflacionarios de la economía del país, a fin de mantener el valor adquisitivo de las mesadas, dada la depreciación del dinero sufrida por el transcurso del tiempo ocurrido desde la ruptura del vínculo hasta el cumplimiento de la totalidad de los requisitos.*

*En el presente caso, el señor Luis Alfonso Betancourt Cornejo, tiene derecho a que se le actualice la pérdida de valor del salario del último año de servicios (1999), que para esa calenda era de \$1.566.730 y la fecha en que cumplió la edad de cincuenta y cinco años, es decir, 27 octubre de 2012, de acuerdo con la fórmula adoptada en la sentencia CSJ SL, 13 sep. 2007, rad. 30.602, en la que la Corte puntualizó:*

*Frente a la temática propuesta por el censor, esta Sala de la Corte se ha pronunciado en varias ocasiones fijando parámetros y directrices para estructurar e implementar la fórmula que más se ajuste a estas eventualidades con características especiales, donde se respete el propósito del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, hasta llegar a aquella que el fallador de alzada aplicó al presente asunto que se traduce en: Base salarial actualizada = S.B.C. (salario base de cotización) que corresponde al promedio de lo percibido en el último año de servicios, multiplicado por los IPC del periodo a actualizar, multiplicado por el número de días de la respectiva anualidad y dividido por el tiempo total entre la fecha de desvinculación y el cumplimiento de la edad.*

*“Más sin embargo, bajo un nuevo examen del tema, estima la Sala que debe revisar las pautas que en un principio se adoptaron para la aplicación de la fórmula matemática que sirvió para dar efectividad al mecanismo de la actualización aludida, ello para el contingente de trabajadores que se hallen en las circunstancias especiales antedichas, y bajo esta órbita modificar su criterio; no sin antes poner de presente, que la fórmula que ha venido utilizando en casos semejantes, al haber sido objeto de cuestionamiento a través de tutela, la Corte Constitucional, en su Sala Sexta de Decisión consideró que “la adopción de metodología de cálculo adoptada por los jueces se fundamentó suficientemente, estuvo basada en razones de peso y no puede, por ese hecho, catalogarse como arbitraria”. (Sentencia T-440 de 1 de junio de 2006); sin embargo, esa misma Corporación, a través de la sentencia de tutela T-425 de 2007, siguiendo un criterio jurisprudencial distinto al antes referido, decidió aplicar la fórmula según la cual debía multiplicar el valor histórico que se traduce en el “promedio de lo devengado por el demandante durante el último año de servicios, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al*

*consumidor vigente a fecha a partir de la cual se reconoció la pensión, entre el índice inicial,..." con el argumento de que "refleja criterios justos equitativos..."*

*"Partiendo entonces, de que el cometido del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 es actualizar anualmente la base salarial para tasar la mesada pensional, esto es, garantizar que los ingresos que integran ese IBL conserven su valor, se estima que en asuntos donde sea procedente la actualización, dicho fin se logra adecuando el mencionado precepto legal a cada situación, y en términos de la fórmula a aplicar, buscar la que más se ajuste al mecanismo de mantener el poder adquisitivo de las pensiones.*

*"En este orden de ideas, el tomar el valor monetario a actualizar y multiplicarlo por el índice de precios al consumidor final y dividirlo por el IPC inicial, es dable sostener que esta fórmula también cumple a cabalidad con el designio y espíritu de la norma en comento y demás postulados de rango constitucional que en materia pensional consagran los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, para efectos de determinar el ingreso base de liquidación y establecer el monto de la primera mesada en aquellos casos no contemplados en la ley de seguridad social, empero observando la variación del IPC para cada anualidad en la medida que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 así lo exige; lo cual es semejante a la fórmula que viene aplicando la jurisprudencia constitucional y del Consejo de Estado.*

*"Así pues, que en lo sucesivo para determinar el ingreso base de liquidación de pensiones como la que nos ocupa, se aplicará la siguiente fórmula, que más adelante se desarrollará en sede de instancia:*

$$VA = VH \times IPC \text{ Final} / IPC \text{ Inicial}$$

*De donde:*

**VA** = IBL o valor actualizado  
**VH** = Valor histórico que corresponde al último salario promedio mes devengado.  
**IPC Final** = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de pensión.  
**IPC Inicial** = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de retiro o desvinculación del trabajador.

*"Con esta nueva postura, la Sala recoge cualquier pronunciamiento anterior que resulte contrario con respecto a la fórmula que se hubiere venido empleando en casos similares donde no se contempló la forma de actualizar la mesada pensional, acorde con la teleología de las normas antes citadas.*

En consecuencia, se ordenará a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, competencia asumida hoy por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, a actualizar el Segundo Factor Valores Variables para calcular la pensión de jubilación convencional desde el 15 de noviembre de 1991 hasta el 9 de junio de 2002, fecha en que se hizo exigible por el cumplimiento de la edad requerida, con sus consecuentes reajustes legales año a año, incluyendo las respectivas mesadas adicionales de junio y diciembre, todo lo anterior conforme a la siguiente liquidación:

EXPEDIENTE No. 27201600542-02

Promedio segundo Factor valores variables = \$ 92.618,00  
 Fecha de Retiro = 15-nov-91  
 Fecha de pensión = 09-jun-02

Fórmula VA = Vh. x  $\frac{\text{IPC Final}}{\text{IPC inicial}}$   
 VA = \$ 92.618 x  $\frac{46,58}{7,65}$

Promedio 2do Factor Actualizado \$ 563.941,00

Primer Factor ya indexado \$ 460.362,83

Salario total al año 2002 \$ 1.024.303,83

Tasa de reemplazo 75%

Valor de la primera mesada a 2002 \$ 768.227,87

Fecha		Incremento	Valor de la mesada indexada	Valor de la mesada pagada	Valor de la pensión	No. De pagos	Valor mesadas
Desde	Hasta						
09/06/2002	31/12/2002		\$ 768.227,87	\$ 309.000,00	\$ 459.228	3,13	\$ 1.438.914
01/01/2003	31/12/2003	6,99%	\$ 821.927,00	\$ 332.000,00	\$ 489.927	14	\$ 6.858.978
01/01/2004	31/12/2004	6,49%	\$ 875.270,00	\$ 358.000,00	\$ 517.270	14	\$ 7.241.780
01/01/2005	31/12/2005	5,50%	\$ 923.410,00	\$ 381.500,00	\$ 541.910	14	\$ 7.586.740
01/01/2006	31/12/2006	4,85%	\$ 968.195,00	\$ 408.000,00	\$ 560.195	14	\$ 7.842.730
01/01/2007	31/12/2007	4,48%	\$ 1.011.570,00	\$ 433.700,00	\$ 577.870	14	\$ 8.090.180
01/01/2008	30/04/2008	5,69%	\$ 1.023.285,00	\$ 461.500,00	\$ 561.785	5	\$ 2.808.925
01/05/2008	31/12/2008	0,00%	\$ 1.023.285,00	\$ 1.558.101,00	-\$ 534.816	9	\$ 0
01/01/2009	31/12/2009	7,67%	\$ 1.101.771,00	\$ 1.677.607,00	-\$ 575.836	13	\$ 0
01/01/2010	31/12/2010	2,00%	\$ 1.123.806,00	\$ 1.711.159,00	-\$ 587.353	13	\$ 0
01/01/2011	31/12/2011	3,17%	\$ 1.159.431,00	\$ 1.765.403,00	-\$ 605.972	13	\$ 0
01/01/2012	31/12/2012	3,73%	\$ 1.202.678,00	\$ 1.831.253,00	-\$ 628.575	13	\$ 0
01/01/2013	31/12/2013	2,44%	\$ 1.232.023,00	\$ 1.875.936,00	-\$ 643.913	13	\$ 0
01/01/2014	31/12/2014	1,94%	\$ 1.255.924,00	\$ 1.912.329,00	-\$ 656.405	13	\$ 0
01/01/2015	31/12/2015	3,66%	\$ 1.301.891,00	\$ 1.982.320,00	-\$ 680.429	13	\$ 0
01/01/2016	31/12/2016	6,77%	\$ 1.390.029,00	\$ 2.116.523,00	-\$ 726.494	13	\$ 0
01/01/2017	31/12/2017	5,75%	\$ 1.469.956,00	\$ 2.238.223,00	-\$ 768.267	13	\$ 0
01/01/2018	31/12/2018	4,09%	\$ 1.530.077,00	\$ 2.329.766,00	-\$ 799.689	13	\$ 0
01/01/2019	31/12/2019	3,18%	\$ 1.578.733,00	\$ 2.403.853,00	-\$ 825.120	13	\$ 0
01/01/2020	31/12/2020	3,80%	\$ 1.638.725,00	\$ 2.495.199,00	-\$ 856.474	13	\$ 0
01/01/2021	31/12/2021	1,61%	\$ 1.665.108,00	\$ 2.535.372,00	-\$ 870.264	13	\$ 0
01/01/2022	31/12/2022	5,62%	\$ 1.758.687,00	\$ 2.677.860,00	-\$ 919.173	6	\$ 0
<b>Valor del Retroactivo pensional entre 09/06/2002 al 30/04/2008</b>							<b>\$ 41.868.247</b>

De acuerdo con la liquidación anterior, se observa que existe un mayor valor a pagar generado entre junio de 2002 y abril de 2008, por la no inclusión del factor de valores variables que debió tenerse en cuenta para efectos de liquidar la mesada pensional de la accionante; sin embargo, este retroactivo se encuentra prescrito, como se explicará más adelante.

## COMPARTIBILIDAD PENSIÓN

En este punto, es necesario señalar que la pensión de jubilación convencional estudiada en párrafos anteriores es compartida con la reconocida por el ISS en la Resolución 009709 del 24 de abril de 2008, primero, por expreso mandato legal con ocasión de lo previsto por el Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879, de igual anualidad, y el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758, del mismo año; y segundo, porque en el referido acto administrativo, el ISS indicó que ambas prestaciones eran compartidas, quedando a cargo del empleador el pago del mayor valor, **si lo hubiere** entre la otorgada por el ISS y la que venía cancelando el empleador, compartibilidad que entre otras cosas, no es materia de controversia.

Adicionalmente mediante Resolución GP 06430 del 1° de agosto de 2008, emitida por la Caja Agraria en Liquidación, se resolvió compartir con el ISS la pensión de vejez otorgada a la demandante a partir del 1° de mayo de 2008; con ocasión de lo anterior, se suspendió de manera definitiva y a partir de agosto de 2008, el pago de la pensión de jubilación reconocida a la actora mediante Resolución 3348 del 20 de octubre de 2004.

Conforme lo anterior, tal y como se observa en la liquidación realizada por la Sala, para mayo de 2008, la prestación reconocida por el ISS ascendía a \$1.558.101, y la de carácter convencional aplicando los reajustes año a año para esa misma data correspondía a \$1.023.285, de donde fácilmente se colige, que **no existe un mayor valor** que deba continuar asumiendo la UGPP, a partir de esa calenda (mayo de 2008); es decir, no se genera suma alguna a pagar por concepto de diferencia pensional, con posterioridad a dicha fecha.

## **PRESCRIPCIÓN**

Finalmente, en relación con la excepción de prescripción que presentó la demandada, ha de indicarse que, en aplicación del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en concordancia con el artículo 488 del CST, las acciones que emanan de las leyes sociales prescriben en tres años, contados desde que la respectiva obligación se hubiese hecho exigible; no obstante, el simple reclamo del afiliado o pensionado recibido por el pagador de su prestación sobre su derecho, interrumpe este fenómeno por un lapso igual.

En el presente asunto, se observa que la única reclamación que existe frente a la reliquidación de la pensión de jubilación convencional con todos los factores salariales plasmados en el artículo 42 de la Convención colectiva de Trabajo 1990-

1992, es la presentada ante la UGPP el 28 de agosto de 2015, respecto de la cual esa entidad mediante Resolución RDP 053808 del 16 de diciembre 2015 la UGPP negó la petición, procediendo la accionante a interponer la presente demanda el 26 de septiembre de 2016.

Resulta evidente entonces, que las mesadas pensionales de carácter convencional causadas con anterioridad a mayo de 2008, y que generaron un retroactivo en virtud de la indexación del factor de los valores variables, conforme la liquidación presentada en el cuerpo de esta providencia, se encuentran cobijadas por ese fenómeno prescriptivo, como quiera que entre mayo de 2008 y la fecha de reclamación 28 de agosto de 2015, transcurrieron más de 3 años.

Así las cosas y sin más consideraciones, se revocará la sentencia de primer grado en la forma antes anotada; sin embargo, se declarará probada la excepción de prescripción respecto del reajuste pensional.

### **COSTAS**

Las de ambas instancias a cargo de la demandada UGPP, 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:**

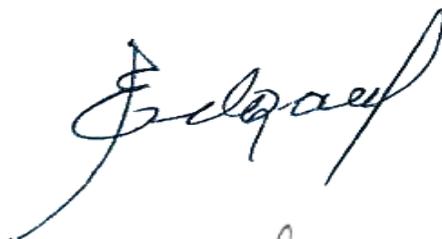
**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia emitida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el 18 de marzo de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: DECLARAR** probada parcialmente la excepción de cosa juzgada respecto del denominado «*Primer factor fijo*», acorde con los argumentos vertidos en esta providencia

**TERCERO: DECLARAR** probada la excepción de prescripción respecto del retroactivo pensional causado entre el 9 de junio de 2002, hasta mayo de 2008, de conformidad con las consideraciones hechas en esta decisión.

**CUARTO: COSTAS** en ambas instancias a cargo de la UGPP.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado



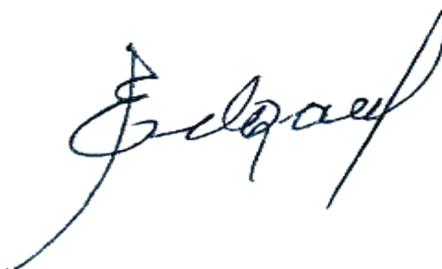
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado

**AUTO DEL PONENTE:**

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la **UGPP**, 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 DE AMPARO HERNÁNDEZ PEÑA  
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES  
COLPENSIONES.**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de julio 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 **AMPARO HERNÁNDEZ PEÑA**, se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución GNR173469 del 15 de junio de 2016 por medio de la cual se niega la reliquidación de su pensión de vejez; de la Resolución VPB 32118 del 11 de agosto de 2016, a través de la cual se confirmó el acto administrativo anterior. En consecuencia se condene a Colpensiones a que le reconozca y pague la reliquidación de su pensión de vejez, aplicándole una tasa de reemplazo del 75% sobre un ingreso base de liquidación calculado con el promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios, por ser beneficiaria del régimen de transición; al pago de la diferencia en la mesada pensional desde el 21 de agosto de 2008; la indexación, las costas y agencias en derecho, y se haga uso de las facultades ultra y extra petita.

**Como hechos fundamento de las pretensiones** (f.º 194-204 exp. físico), señaló en síntesis, que nació el 12 de julio de 1950; que mediante Resolución 004856 del 16 de febrero de 2006 el ISS le reconoció una pensión de vejez a partir del 12 de julio de 2005, en cuantía inicial de \$487.228; que el 21 de abril de 2016

solicitó la reliquidación de esa prestación, pero que Colpensiones a través de la Resolución GNR 173469 del 15 de junio de 2016, negó esa petición, que inconforme con esa decisión interpuso recurso de apelación contra este, el cual fue resuelto mediante Resolución VPB 32118 del 11 de agosto de 2016 confirmando la decisión impugnada.

Expuso, que a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, tenía acumulados más de 15 años de servicios, situación que no había sido tenido en cuenta cuando se le reconoció la pensión de vejez; que el tiempo por ella laborado asciende a 20 años, 5 meses y 8 días, es decir, 1051 semanas.

### **POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA**

**COLPENSIONES** contestó (f.º 209-211 exp. físico), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó la edad de la actora, que se le reconoció pensión de vejez, que ella pretendió la reliquidación de la misma, pero que fue negada en dos oportunidades; frente a los demás manifestó que no le constaban por ser apreciaciones personales del apoderado de la actora.

Formuló como excepciones de fondo, las de inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, prescripción parcial y/o total sobre mesadas pensionales y otros, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y la innominada o genérica.

### **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 8 de julio de 2021 (f.º 221-225 exp. físico), resolvió:

**PRIMERO: ABSOLVER** a la demandada COLPENSIONES de la totalidad de las pretensiones incoadas por la señora AMPARO HERNÁNDEZ PEÑA, conforme a lo antes expuesto.

(...)

Fijó como problema jurídico, determinar si la pensión de vejez de la demandante debía ser reliquidada con una tasa de reemplazo del 75%, sobre el IBL calculado con el promedio de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios. Adicionalmente, dio por probado que a la demandante se le había reconocido una pensión de vejez mediante la Resolución No.004856 del 16

de febrero de 2006, conforme a las disposiciones de la Ley 33 de 1985, por ser beneficiaria del régimen de transición, reconocimiento que se efectuó a partir del 12 de julio de 2005 en cuantía de \$487.228.

Explicó, que a las personas a las que se les reconoce su derecho pensional en vigencia de la Ley 100 de 1993, por virtud del régimen de transición, solo se les mantenía el régimen anterior en tres puntuales aspectos, como lo son la edad, el tiempo de servicio o semanas cotizadas y el monto de la pensión, en lo demás debía ceñirse a los consagrado en la Ley 100 de 1993, por ello el IBL debía calcularse de conformidad con el artículo 36.

Expuso, que a la demandante al 1° de abril de 1994, le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho, por lo que el ingreso base para liquidar su pensión de vejez, sería el promedio de lo devengado los 10 años anteriores a causar el derecho, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior. Agregó, que los factores salariales a tener en cuenta para los servidores públicos, eran los señalados en el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994, y no los plasmados en el Decreto 1045 de 1978.

Finalmente, verificó el material probatorio, indicando que Colpensiones había liquidado en debida forma la prestación de vejez de la actora, en tanto lo hizo teniendo en cuenta el promedio de lo devengado o cotizado en los 10 años anteriores a causar el derecho, más el tiempo que pudo haberse cotizado una vez cumplió los requisitos y hasta su desafiliación o retiro del servicio, actualizado anualmente con el IPC, tomando como base los factores salariales señalados en el Decreto 1158 de 1994, que para el caso en concreto, lo fue lo devengado en los 3650 días anteriores a la última fecha de cotización, arrojando un IBL de \$649.637, al cual se aplicó el 75% como tasa de reemplazo, concluyendo que la pensión se encontraba liquidada conforme a los lineamientos legales y jurisprudenciales.

La parte demandante a quien le fue adversa la decisión, no interpuso recurso alguno.

### **CONSIDERACIONES**

Conforme a los antecedentes dados, procede esta Sala en grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante, conforme lo establece el artículo 69 del CPTSS, a determinar si una pensión de vejez reconocida bajo los parámetros de la Ley 33 de 1985, por virtud del régimen de transición, debe

liquidarse con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, o si, por el contrario, para ello debe aplicarse las reglas previstas en la Ley 100 de 1993.

En el presente asunto, no es materia de discusión que el ISS mediante la Resolución 004856 del 16 de febrero de 2006, le reconoció a la señora AMPARO HERNÁNDEZ PEÑA una pensión de jubilación conforme a la Ley 33 de 1985, por ser beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a partir del 12 de julio de 2005, en cuantía inicial de \$487.228.

Acorde con lo anterior, se advierte que como el derecho pensional de la accionante se adquirió el 12 de julio de 2005 (data en que cumplió 55 años de edad); es decir, en vigencia de la Ley 100 de 1993, es esta la norma aplicable a para dirimir controversia, y es precisamente por virtud de tal disposición, que es beneficiaria del régimen de transición.

Al respecto se tiene, que este régimen de transición consagrado en el canon 36 la referida ley de seguridad social, estableció que se les respetaría a los afiliados beneficiarios del mismo solo tres aspectos: a) la edad; b) el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, y c) el monto, que exigiera la disposición anterior aplicable, entendido este último como la tasa de reemplazo dado que el cálculo del IBL debe ajustarse a las reglas establecidas en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993.

Sobre este asunto se trae a colación la sentencia CSJ SL208-2022, donde se citó la sentencia CSJ SL7061-2016, reiterada, entre otras, en la CSJ SL18622-2016, CSJ SL17549-2017, y CSJ SL2588-2019, en la que puntualmente señaló:

*Recapitulando, las disposiciones del régimen anterior, en cuanto a monto, edad y tiempo de servicios o cotizaciones, únicamente se aplican, por remisión expresa, frente a estos puntuales supuestos.*

*Entonces, respecto al ingreso base de liquidación, esta Sala, por mayoría, tiene adoctrinado que tratándose de las personas beneficiarias del régimen de transición que a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993 les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, se rige por lo previsto en el inciso 3º del artículo 36 ibidem y, para aquellas que les faltare 10 años o más para consolidar su derecho, como en este asunto, se liquida de acuerdo con lo contemplado en el artículo 21 de la misma normativa (sentencia CSJ SL2510-2017).*

*Ahora bien, la Sala también tiene asentado, por mayoría, que para calcular el IBL de toda la vida laboral a la luz de lo dispuesto en el artículo 21 del estatuto de la seguridad social, es presupuesto que el afiliado hubiera cotizado al menos 1250 semanas al sistema (sentencia CSJ SL7263-2015).*

*De suerte que, en lo que atañe al ingreso base de liquidación de las pensiones reconocidas con venero en el régimen de transición, esta Corporación ha sido enfática en que este se define a la luz de lo determinado expresamente por la Ley 100 de 1993, según las providencias citadas.*

En ese mismo sentido, en la sentencia CSJ SL1037-2022 donde se analizó un caso de similares contornos, en tanto se trataba de una persona que pretendía se le liquidara su prestación con el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, la Corte explicó:

*Y es de la interpretación de este último aparte normativo, de donde se erige el criterio mayoritario de la Sala, según el cual, no es posible acceder a lo pretendido por los demandantes cuando solicitan se tenga como ingreso base de liquidación lo devengado en el último año de servicios; puesto que el único sendero posible, es atender las previsiones del inciso 3º de la norma en comento, que obliga a diferenciar si al beneficiario le restan diez (10) o menos años para causar su prestación y con ello, acudir a lo allí previsto; o bien, al artículo 21 del mismo cuerpo normativo.*

Conforme a lo anterior, y como quiera que la pensión de la actora fue reconocida a la luz del régimen de transición, el IBL de su prestación debe calcularse conforme lo señala la Ley 100 de 1993, y no con base en la Ley 33 de 1985, como lo pretende la recurrente.

En el *sub lite* al revisar la Resolución 004856 del 16 de febrero de 2006, mediante la cual se le reconoció pensión de jubilación de la Ley 33 de 1985, por virtud del régimen de transición, se observa que se le tuvo en cuenta 20 años de servicios al Estado y la edad de 55 años, a la que arribó el 12 de julio de 2005, dado que nació el mismo día y mes de 1950; y que el IBL se calculó con el promedio de los salarios correspondientes a los 3650 días anteriores a la última fecha de cotización, lo que arrojó la suma de \$649.637 a la cual se le aplicó el 75% que equivale a \$487.228.

Según la certificación de salarios para trámite pensional la fecha de retiro del servicio de la actora fue 6 de febrero de 1997 (f.º 30 y exp adm CD 216), de lo que se concluye que su derecho se causó con el cumplimiento de la edad, esto es, 55 años, que los alcanzó el 12 de julio de 2005, data a partir de la cual le reconocieron su pensión.

Ahora, respecto del IBL lo primero que debe determinarse es cuánto tiempo le faltaba al 1º de abril de 1994, para adquirir el derecho a la pensión, encontrando la Sala que le faltaban más de 10 años, pues la fecha de causación fue 12 de julio de 2005; por ende, el ingreso base de liquidación se debía calcular con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó el afiliado durante los diez (10) años

anteriores al reconocimiento de la prestación, tal como lo hizo el ISS, si tenemos en cuenta que 3650 días equivalen a 10 años, aplicandose para ello el artículo 21 de la Ley 100/93.

Ahora, respecto de los factores salariales que deben ser atendidos para liquidar la pensión de que trata el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, que fue concedida por régimen de transición, es decir, que se causó en vigencia de la Ley 100 de 1993, son los consignados en el artículo 1.º del Decreto 1158 de 1994, que literalmente consagra:

*El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:*

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación;*
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;*
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.*
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;*
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;*
- g) La bonificación por servicios prestados;*

Así lo tiene establecido la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL164-2018, reiterada en CJS SL1037-2022, en la que se explicó:

#### **1. FACTORES SALARIALES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS BENEFICIARIOS DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN.**

*De manera pacífica, reiterada y uniforme, esta Sala ha defendido el criterio según el cual los factores salariales a tener en cuenta para liquidar las pensiones de los servidores públicos que causaron sus prestaciones en vigencia del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, son los consignados en el artículo 1.º del Decreto 1158 de 1994, que modificó el artículo 6.º del Decreto 691 de ese mismo año. Por ejemplo, en fallo CSJ SL 17192, 26 feb. 2002, reiterado en SL 44206, 29 may. 2012, SL1851-2014 y SL4870-2017, sobre el particular, se expuso:*

*El artículo 36, inciso 3, de la Ley 100 de 1993, no define los elementos integrantes de la remuneración del afiliado sujeto al régimen de transición, que conforman el ingreso base para calcular el monto de las cotizaciones obligatorias al Sistema General de Pensiones, ni tampoco los que deben conformar el ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, sino que establece los periodos de remuneración que deben tomarse en cuenta para determinar este ingreso.*

*Por consiguiente, para los referidos efectos resulta indispensable remitirse a lo que dispone el artículo 18 de la ley de seguridad social en cuanto define que el salario mensual base de cotización para los trabajadores particulares será el que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo y que el salario mensual base de cotización para los servidores del sector público será el que se señale, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992. Y no debe perderse de vista lo que precisaron las normas reglamentarias al respecto para trabajadores particulares y para servidores públicos.*

*Surge entonces de lo expuesto que el juzgador de segundo grado no se equivocó al aplicar en este caso el artículo 1º del Decreto Reglamentario 1158 de 1994 que señala los factores que determinan el salario mensual de base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos, dado que esta disposición forma parte de dicho régimen y en ella no se hace exclusión de ninguna clase.*

*De lo anterior se colige que no incurrió el ad quem en infracción directa de los artículos 1º y 3º inciso 3º de la Ley 33 de 1985, y 1º inciso 3º de la Ley de 62 de 1985, pues, de acuerdo con lo ya resuelto por esta Sala, **para efectos de determinar los factores salariales integrantes del IBL se aplica la norma vigente al momento de la causación del derecho, esto es el D.R. 1158 de 1994.** Pues como se dijo en la sentencia 26753 de 2006, "...es de iterar que la Ley 33 de 1985, que es la que gobierna la pensión de jubilación del accionante, se aplica en virtud del fenómeno jurídico de la transición en cuanto a la edad, el tiempo de servicios y el monto del 75%, más no en lo tocante a la base salarial, dado que aquélla está regulada en el inciso tercero del aludido artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin que esto implique que se esté fraccionando o escindiendo la norma.*

*No está demás advertir que los factores reclamados por el censor en la determinación del ingreso base de liquidación de la pensión, en todo caso, no debían ser tomados en cuenta, al no hacer parte de la relación señalada por el legislador para tal efecto en el artículo 6º del D.R. 1158 citado.*

*En este caso no es materia de discusión que con fundamento en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 al actor se le reconoció la pensión de jubilación de la Ley 33 de 1985 a partir del 25 de mayo de 1996, razón por la cual los factores salariales llamados a integrar su prestación son los consignados en el artículo 1.º del Decreto 1158 de 1994, como lo determinó el Tribunal.*

*Ahora, respecto a la distinción entre devengado y cotizado que construye el recurrente a partir del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esta Corporación ha sostenido que el vocablo devengado consignado en ese precepto debe interpretarse como cotizado, dado que el sistema de seguridad social y las pensiones que de él derivan, dentro de las cuales se encuentran las del régimen de transición, se soporta en una relación de correspondencia entre lo cotizado y el monto de la pensión; de ahí que para liquidar las pensiones es necesario computar los factores salariales sobre los cuales se hicieron aportes al sistema pensional. (Subraya fuera del texto original).*

En ese orden de ideas, en el expediente administrativo allegado por Colpensiones, obra la liquidación de la pensión que realizó esa entidad al momento del reconocimiento de esa prestación, la que se verificó por esta Sala, evidenciándose primero, que se tomaron para su cálculo los factores salariales reportados por sus empleadores en los últimos diez años laborados, y segundo, que matemáticamente la misma está correctamente calculada.

Así las cosas y sin más consideraciones, se confirmará la sentencia de primer grado.

## **COSTAS**

Sin costas en esta instancia.

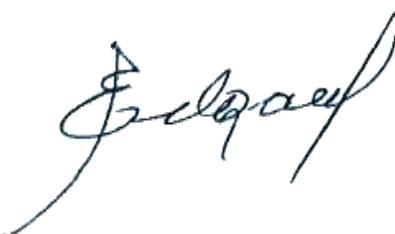
En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

### RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia consultada, proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado



**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 DE ASLIDE ESTHER ROSADO BELEÑO  
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES  
COLPENSIONES, Y LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y  
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de julio 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 **ASLIDE ESTHER ROSADO BELEÑO**, se **declare** la nulidad de su traslado del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) efectuada a través de la AFP Porvenir el 30 de junio de 2000, por la indebida y nula información que le fue suministrada. En consecuencia, se **ordene** a Porvenir trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentran depositados en su cuenta de ahorro individual; se **ordene** a Colpensiones recibir sus aportes, y corrija y actualice la historia laboral; se **condene** a las demandadas a las costas procesales, y se haga uso de las facultades ultra y extra petita.

**Como hechos fundamento de las pretensiones** (archivo 1 exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 25 de noviembre de 1963; que se afilió al ISS el 14 de enero de 1994 y allí cotizó 51,43 semanas; y que se trasladó al RAIS el 30 de junio del 2000 mediante la firma de un formulario de afiliación con Porvenir S.A., pero que esta

no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de esa AFP, por ende, no existió consentimiento de libertad y voluntariedad.

Narró que el asesor de Porvenir no le realizó proyecciones de su mesada pensional en el RPM y en RAIS, no le informaron cual era el capital que debía acumular para pensionarse con la mesada deseada, ni sobre las mesadas pensionales, ni acerca del bono pensional, tampoco le explicaron como se calculaba la mesada pensional en el RAIS, ni le hablaron de las desventajas de cambiarse de régimen; que no le informaron del año de gracia que concedió el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 para trasladarse por única vez antes del 28 de enero de 2004, ni que antes del noviembre de 2010 tenía la posibilidad de trasladarse al RPM porque le faltaban 10 años o menos para cumplir la edad de pensión, tampoco la ilustraron sobre el derecho de retracto, ni la distribución de su aporte; que le indicaron que podía pensionarse a cualquier edad sin explicarle la afectación que eso tendría sobre su mesada pensional y sobre el bono pensional.

Expuso, que desde su afiliación a Porvenir a cotizado 1085 semanas; que la mesada pensional proyectada por esa AFP es ostensiblemente inferior a la que le hubiese correspondido en el RPM, lo que vulnera su mínimo vital y móvil; que por derecho de petición solicitó ante Colpensiones la ineficacia de su traslado, pero que esa entidad negó lo pretendido.

## CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

**COLPENSIONES** contestó (archivo 5 exp. Digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, solo aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, su afiliación al ISS, y la reclamación administrativa; frente a los demás, señaló que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe e imposibilidad de condena en costas.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (archivo 8 exp. Digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó solamente la fecha de nacimiento de la actora; frente a los demás, manifestó que no le constaban por corresponder a otra entidad, o que no eran ciertos y aclaró que brindó información completa, clara y veraz acerca de las ventajas, desventajas y características que

contenía el RAIS, lo que le había dado herramientas a la demandante para tomar una decisión libre y voluntaria que se adaptara a sus preferencias pensionales.

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

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 22 de julio de 2021 (archivo 12-13 exp. digital), resolvió:

*PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del régimen pensional que hiciera la señora ASLIDE ESTHER ROSADO BELEÑO identificada con C.C. N. 49.731.561, ante la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., el día 30 de junio 2000 con efectividad a partir del 01 de agosto de 2000, por los motivos expuestos. 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.*

*SEGUNDO: ORDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante ASLIDE ESTHER ROSADO BELEÑO, como cotizaciones y rendimientos, sin lugar a descuento alguno, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia*

*TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES Colpensiones recibir de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.*

*CUARTO: SIN CONDENAS en costas*

**Fundamentó su decisión**, en que se encontraba probado que la demandante se encontraba afiliada a Porvenir desde el 1° de agosto del 2000, por virtud de un formulario suscrito el 30 de junio del mismo año.

Expuso, que con la Ley 100 de 1993 se establecieron dos regímenes pensionales, que obedecen a características distintas, pudiendo resultar beneficiosos o no a cada caso en particular. Señaló que la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se pronunció sobre este tema inicialmente frente a personas beneficiarias del régimen de transición y con

posterioridad frente a afiliados que no lo eran, siendo este el caso de la demandante, sentencias donde se fijaron una serie de reglas respecto de la ineficacia de traslado.

Sostuvo, que entre esas reglas, se encontraban: *i)* que al momento del traslado del afiliado este debía ser informado, siendo necesario evaluar para esa data cual era el deber que recaía sobre las AFP; *ii)* que es a las administradoras de fondos de pensiones a quienes les corresponder probar que información le suministraron al usuario al momento del traslado; *iii)* que las AFP desde su creación tenían un deber de información, el cual con el paso de los años se fue incrementando, entre otras.

Explicó, que en este asunto el traslado de régimen se había dado en el año 2000 por lo que la AFP Porvenir tenía la obligación de ilustrar a la demandante acerca de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, porque en este caso se manifestó por la accionante que ello no se había cumplido, correspondiéndole a la AFP demostrar que si entregó la información en esos términos; sin embargo, no encontró que se hubiese cumplido con esa carga probatoria, además de que del interrogatorio de parte no se había logrado una confesión donde se probara que el fondo había cumplido con ese deber aunque fuera de manera general, razón por la cual declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Consideró, que los gastos de administración están fijados en la norma y que de alguna manera estos corresponden a erogaciones de los fondos para poder generar rendimientos a los afiliados, y que en la mayoría de los casos esos rendimientos son superiores a los aportes mismos, sin evidenciarse que hubiese un detrimento en el capital de los afiliados y por el contrario, compensan esa diligencia en la administración de los recursos.

## RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP Porvenir S.A.**, no interpuso recurso.

**COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación de manera parcial con el fin de que se acoja la sentencia CSJ SL3464-2019 respecto de las consecuencias prácticas de la ineficacia, y citó el aparte que señala:

*Por esto mismo, 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 estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).*

En consecuencia, solicitó que los gastos de administración sean reintegrados a Colpensiones.

## CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa misma entidad en lo no apelado, de conformidad con el artículo 69 del CPTSS.

## PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión que: *i)* la señora Aslide Esther Rosado Beleño se afilió al ISS donde aportó desde el 14 de enero de 1992 hasta el 30 de junio del 2000 la suma de 51 semanas (exp. administrativo); y *ii)* que el **30 de junio del 2000** se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir S.A. (f.º 40-42 archivo 8 exp. digital), AFP en la que se encuentra actualmente (f.º 7 archivo 1 exp. Digital).

## INEFICACIA DEL TRASLADO

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

consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

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

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

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz*

ese tránsito» (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

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

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

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

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

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de

doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –30 de junio del 2000-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Porvenir 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, al revisar el expediente Porvenir S.A., no allegó prueba alguna que demuestre que cumplió con el deber de información en los términos ante referidos, pues solo allegó el historial de vinculaciones SIAF, la relación histórica de movimientos, el historial laboral consolidada, el certificado de afiliación, la historia para bono pensional, un comunicado de prensa y un concepto emitido por la Superintendencia Financiera; documentos que de ninguna manera acreditan el tipo de información que le fue suministrada a la demandante momentos previos o durante el traslado que realizó al RAIS. Maxime que, en el interrogatorio de parte rendido por la parte actora, no se evidencia confesión alguna respecto de que Porvenir la hubiese ilustrado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pues esta solo indicó que se trasladó al RAIS cuando recién llegó al Ministerio del Trabajo, ante el miedo de los rumores de que el ISS iba a desaparecer, ella decidió pasarse al RAIS, pero que no conocía sus características en ese momento, solo escuchó que brindaba mejores garantías.

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

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

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo tanto un recurso de apelación como 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 tanto, se hace necesario, adicionar el numeral segundo, en el sentido de ordenar a la AFP Porvenir, 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, 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.

## **PRESCRIPCIÓN**

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

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

### **COSTAS**

Sin costas, como quiera que el recurso de apelación 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:**

**PRIMERO: ADICIONAR NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación de la demandante ASLIDE ESTHER ROSADO BELEÑO desde el 1° de agosto del 2000 en adelante, 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 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. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado Ponente



**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 DE LUZ GABRIELA ORREGO VALENCIA  
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES  
COLPENSIONES, Y ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y  
CESANTÍAS PORVENIR.**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de julio 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 **LUZ GABRIELA ORREGO VALENCIA**, se **declare** la nulidad de su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) efectuada a través de la AFP Porvenir S.A. y se **ordene** su regreso automático al régimen de prima media (en adelante RPM). En consecuencia, se **condene** a Porvenir trasladar a Colpensiones el valor de los saldos o aportes pensionales de su cuenta de ahorro individual; se **ordene** a Colpensiones aceptar su vinculación al RPM; al pago de las costas y agencias en derecho, y se haga uso de las facultades ultra y extra petita.

**Como hechos fundamento de las pretensiones** (f.º 27-45), señaló en síntesis, que se afilió al ISS desde el 2 de septiembre de 1981; que se trasladó al RAIS a partir del 1º de octubre del 2000 a través de la AFP Porvenir S.A., debido a que un asesor de esa entidad le realizó una proyección de su pensión de vejez y le indicó las ventajas que obtendría en esa AFP, pero no le advirtió de manera clara y suficiente los

efectos que acarrearía el cambio de régimen; que el 27 de junio de 2013 al observar las desventajas del RAIS, suscribió formulario de traslado a Colpensiones, pero esta última le respondió que no era procedente dar trámite a su solicitud, por cuanto se encontraba a diez (10) años o menos de la edad requerida para pensión; que el 28 de enero de 2014 peticionó ante Porvenir el traslado a Colpensiones, pero esta fue negada, con el argumento de que al 1° de abril de 1994, no cumplía con el requisito mínimos de semanas exigidas para regresar al RPM.

### **CONTESTACIONES DE LA DEMANDA**

**COLPENSIONES** contestó (f.° 52-58), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, solo aceptó que el 27 de junio de 2013 la demandante solicitó vincularse a esa entidad, pero que esta fue negada; frente a los demás señaló que no le constaban porque no tenía el expediente administrativo o por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (f.° 82-94), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos solo aceptó que la actora presentó una petición el 31 de enero de 2014, pero que esta fue negada; frente a los demás, expuso a unos que no le constaban por corresponder a otra entidad y a otros que no eran ciertos, y aclaró que brindó la información necesaria sobre los regímenes pensionales conforme su situación laboral al momento del traslado, advirtiéndole que a esa data no tenía cotizados 10 años para pensión y estaba a más de 15 años para alcanzar la edad de pensión en el RPM; expuso que la demandante el 21 de junio de 2015 solicitó el reconocimiento de su pensión de vejez y procedió a aceptar su historia laboral para bono pensional, que mediante Resolución 18265 del 19 de julio de 2019 el Ministerio de Hacienda emitió y ordenó el pago de los bonos pensionales a cargo de la Nación y a cargo del ISS, encontrándose en la Cuenta de ahorro individual desde ese mismo mes, y que a la afiliada el 14 de diciembre de 2015 se le había informado que acreditaba el número mínimo de semanas requeridas 1.150 y la edad para acceder a la pensión de garantía mínima, pero que esta ha guardado silencio.

Formuló la excepción previa de falta de integración del litisconsorcio necesario con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público OBP, la cual se declaró no probada (f.° 152 y 159-162). De fondo propuso las de prescripción de la acción de nulidad,

inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y la innominada o genérica.

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, remitió el proceso al Juzgado Segundo Laboral Transitorio de Bogotá D.C., en virtud del acuerdo PCSJA21-11766 del 11 de marzo de 2021, quien mediante sentencia del 28 de mayo de 2021 (f.º 168-170), resolvió:

*PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del acto de traslado de la señora LUZ GABRIELA ORREGO VALENCIA, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S. A. , el día 2 de agosto de 2000, con fecha de efectividad del 1 de octubre del mismo año y, consecuentemente, que las cosas se deben retrotraer al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que comporten.*

*SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S. A. , devolver la totalidad de los valores recibidos de los empleadores de la señora LUZ GABRIELA ORREGO VALENCIA, por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, que llegaron a esos fondos en los períodos en que estuvo afiliada, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, valores al fondo de garantía de la pensión mínima.*

*TERCERO: ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones del régimen de ahorro individual Porvenir S. A. , que proceda a trasladar a Colpensiones de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por LUZ GABRIELA ORREGO VALENCIA y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que hubiesen producido, el bono pensional y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, sin descontar suma alguna por concepto de cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otra causa.*

*CUARTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones — Colpensiones que proceda a reactivar de manera inmediata la afiliación de LUZ GABRIELA ORREGO VALENCIA, al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, con la totalidad de las semanas de cotización acreditadas desde la fecha de la afiliación inicial.*

*QUINTO: ABSUELVE de lo demás.*

*SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de prescripción, así como las demás propuestas por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa.*

**Fundamentó su decisión**, en que se encontraba probado que la demandante al 1º de abril de 1994 tenía 35 años de edad, pues había nacido el 5 de julio de 1958; que aportó al ISS la suma de 838,86 semanas; y que se trasladó al RAIS administrado

por Porvenir el 2 de agosto del 2000, con fecha de efectividad 1° de octubre del mismo año.

Expuso, que la responsabilidad que tienen las administradoras de fondo de pensiones es garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, tema que debe abordarse desde la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades, excepto en lo relativo a las consecuencias prácticas dejando a salvo las sumas recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe, y en consecuencia no podía exigírsele demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se veía afectado cuando no había sido consentido de manera informada.

Explicó, que las AFP tienen la obligación de suministrar a los ciudadanos la información al detalle de las características legales de cada régimen, sus condiciones, requisitos, y la circunstancia en que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificativo y holístico de los antecedentes del afiliado, y los pormenores de los regímenes pensionales a fin de que el asesor le informe lo pertinente para que este pueda tomar decisiones responsables entorno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales, y que en caso de que el asesor no cumpla con lo expuesto, el traslado resultaría ineficaz.

Afirmó, que el deber de información con el paso del tiempo fue acumulando más obligaciones, estableciéndose 3 etapas, entre 1993 y 2009, del 2009 al 2014, y a partir del 2014 en adelante, y determinó que el traslado del actor se enmarcaba en la primera etapa -2/08/2000-, por lo que Porvenir S.A., debía ilustrar al ciudadano acerca de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.

Sostuvo, que la ineficacia del traslado procedía sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo, pero que incluso en este caso, la demandante si era beneficiaria del régimen de transición en razón a su edad.

Concluyó, que Porvenir no acreditó que hubiese entregado la información antes referida a la actora, pues aunque allegó el formulario de afiliación suscrito por la demandante, explicó que de este no podía extraerse que a esta se le entregó

información clara, cierta y comprensible y bajo los términos ya referidos, y que del interrogatorio de parte rendido por la accionante, no observaba confesión alguna respecto de que el asesor de Porvenir la hubiese ilustrado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, en consecuencia, indicó que declararía la ineficacia del traslado de régimen efectuado por la actora.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

La **AFP PORVENIR** interpuso recurso de apelación argumentando que cumplió con todas las obligaciones impuestas por la Ley para el año 2000, haciendo referencia al formulario de afiliación indicó que si bien los jueces deben acogerse a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, esto no puede estar por encima de lo que dice la Ley, pues la Superintendencia Financiera como ente que vigila a las AFP había fijado los parámetros para crear el mencionado formulario, el cual además fue aprobado por esa entidad, y que era lo único que se exigía en esa data para que la afiliación fuera válida y como constancia de que a la persona se le había asesorado en los temas respectivos.

Explicó que la jurisprudencia respecto del deber de información es equivocada, y en especial la sentencia CSJ SL1688-2019 a la que hizo referencia la *a quo*, porque le impone unas cargas a las AFP diferentes a la que la ley le ha dado a esos fondos, y que en ese sentido el traslado de régimen de la demandante era legalmente válido.

**COLPENSIONES** no interpuso recurso.

### **CONSIDERACIONES**

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir S.A., y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, de conformidad con el artículo 69 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 LUZ GABRIELA ORREGO VALENCIA nació el 5 de julio de 1958, y para el 1° de abril de 1994 contaba con 35 años de edad; *ii)* se afilió al ISS donde aportó desde el 2 de septiembre de 1981 hasta el 30 de septiembre de 2000 la suma de 838,86 (f.° 5-6); y *iii)* que el **2 de agosto de 2000** se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir S.A. (f.° 95), AFP en la que se encuentra actualmente.

### INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –2 de agosto de 2000-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «libre y voluntariamente» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

La AFP Porvenir aportó al expediente el formulario de solicitud de afiliación y traslado suscrito el 2 de agosto de 2000, 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.

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

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

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

totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que 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 Modificar y Adicionar la sentencia de primer grado, aclarando que como quiera que el numeral segundo y tercero imparten condena y orden a Porvenir en el mismo sentido, dicha condena quedara así: **ORDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación de la demandante LUZ GABRIELA ORREGO VALENCIA desde el 1° de octubre del 2000, 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, toda vez que la *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

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

### **PRESCRIPCIÓN**

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

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

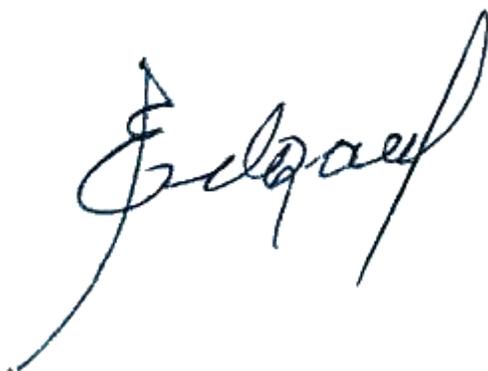
**RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR Y ADICIONAR LOS NUMERALES SEGUNDO Y TERCERO** de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación de la demandante LUZ GABRIELA ORREGO VALENCIA desde el 1° de octubre del 2000, 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 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 consultada y apelada.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado Ponente



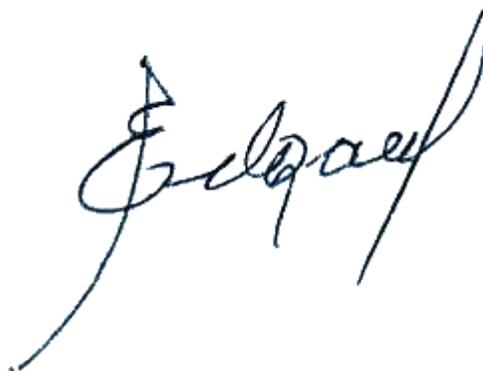
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
**Magistrado**

**AUTO DEL PONENTE:**

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir, la suma de \$1.000.000 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 DE NURY DEL ROSARIO FORERO HURTADO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, Y ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, PROCESO AL QUE SE VINCULÓ COMO LITIS CONSORCIO NECESARIO A OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (SKANDIA).**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de julio 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**

La señora **NURY DEL ROSARIO FORERO HURTADO**, demandó a Colpensiones, AFP Protección y AFP Porvenir, con el fin de que se **declare** la nulidad de su traslado del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) efectuada a través de la AFP Colmena hoy Protección el 25 de agosto de 1999 y su posterior vinculación a Porvenir. En consecuencia, se **ordene** a Porvenir trasladar a Colpensiones la totalidad de su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros; a Colpensiones recibirla en el RPM, corregir y actualizar su historia laboral; al pago de las costas, y se haga uso de las facultades ultra y extra petita.

**Como hechos fundamento de las pretensiones** (f.º 59-75), señaló en síntesis, que nació el 1º de octubre de 1962; que se afilió al ISS el 24 de mayo de 1989, donde aportó 468 semanas; que se trasladó al RAIS el 25 de agosto de 1999

mediante la firma de un formulario de afiliación con Colmena hoy Protección, pero que esa decisión no estuvo precedida de la suficiente información; y que en el RAIS aportó 926 semanas, siendo su actual administradora Porvenir.

Narró, que Porvenir no le informó antes del 1° de octubre de 2010 sobre la imposibilidad de trasladarse al RPM; que esa AFP le indicó que su mesada pensional para cuando cumpliera 57 años sería de \$1.639.400, mientras que en el RPM equivaldría a \$4.501.001; y que petitionó ante Colpensiones, Protección y Porvenir la nulidad del traslado de régimen pensional.

El Juzgado 30 Laboral de Circuito de Bogotá mediante auto del 13 de diciembre de 2019 (f.° 183) dispuso integrar el contradictorio como litisconsorte necesario con OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy SKANDIA.

### **CONTESTACIONES DE LA DEMANDA**

**COLPENSIONES** contestó (f.° 89-97), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, solo aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y la petición de nulidad de traslado de régimen; frente a los demás señaló que no le constaban porque no tenía el expediente administrativo o por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe e innominada o genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó (f.° 144-162), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora, que se trasladó al RAIS a través de Colmena hoy Protección mediante suscripción de un formulario de afiliación el 25 de agosto de 1999, y que solicitó la anulación del referido traslado de régimen pensional; frente a los demás señaló que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos, y aclaró que informó de manera objetiva e integral sobre todas las características del RAIS en comparación con el RPM, puntualmente sobre: *i)* cuenta de ahorro individual vs. fondo común; *ii)* capital acumulado vs. requisitos de edad y semanas de cotización; *iii)* garantía de pensión mínima en RAIS; y *iv)* devolución de saldos vs. indemnización sustitutiva.

En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, traslado de aportes a Porvenir S.A. y aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (f.º 111-118), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, que se trasladó a esa AFP el 21 de noviembre de 2000, que le realizó una simulación pensional y que ella solicitó la anulación del traslado; frente a los demás expuso a unos que no le constaban por corresponder a otra entidad y a otros que no eran ciertos, y aclaró que la información dada a la actora se encontraba acorde con las disposiciones legales. Formuló las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa e innominada o genérica.

**OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** hoy **SKANDIA**, contestó (f.º 194-202), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, indicó que no le consta ninguno por incumbir a personas jurídicas diferentes, y aclarando que la vinculación de la demandante con esa entidad se dio entre el 1 de mayo de 2008 y el 30 de abril de 2009 con el cumplimiento de los lineamientos normativos y jurisprudenciales.

Propuso como excepciones de mérito, las de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó ni intervino en el momento de la selección del régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de la violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y la genérica.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 16 de febrero de 2021 (f.º 221 CD), resolvió:

**PRIMERO:** Declárese nulo e **ineficaz** el traslado de régimen pensional que hizo la demandante señora **NURY DEL ROSARIO FORERO HURTADO (...)** del ISS a Colmena S.A., hoy **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.** realizada el 25 de agosto de 1999 con efectividad a partir del 01 octubre de 1999, conforme a lo expuesto.

**SEGUNDO:** Declárese válidamente vinculada a la demandante señora NURY DEL ROSARIO FORERO HURTADO al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a lo expuesto.

**TERCERO:** Condénese a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en dicho fondo, es decir, desde que cobro efectividad 01 de octubre de 1999 hasta el 31 de diciembre de 2000, los cuales deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados, conforme a lo expuesto.

**CUARTO:** Condénese a OLD MUTUAL S.A. PENSIONES Y CESANTIAS o SKANDIA S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en dicho fondo, es decir, desde que cobro efectividad 01 de mayo de 2008 hasta el 16 de junio de 2009, fecha en que traslado los aportes a Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A., estos últimos deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados, conforme a lo expuesto.

**QUINTO:** Condénese a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que ha permanecido en dicho régimen la demandante, es decir, 1° de enero de 2001 hasta el 30 de abril de 2008 y desde el 17 de junio de 2009 hasta cuando se haga efectivo el traslado, estos últimos deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados, conforme a lo expuesto.

**SEXTO:** Ordénese a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante señora NURY DEL ROSARIO FORERO HURTADO, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación definida.

**SEPTIMO:** Declárense no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto.

**Fundamentó su decisión,** en que se encontraba probado que la demandante nació el 1° de octubre de 1963; que cotizó 467,86 semanas al RPM; que según la historia laboral expedida por Porvenir S.A., tiene 822 semanas aportadas al RAIS y un total de 1,369 en el sistema general de pensiones; que se trasladó al RAIS el 25 de agosto de 1999 con la AFP Colmena, que se trasladó entre administradoras del RAIS, así: *i)* el 21 de noviembre de 2000 con Horizonte; *ii)* el 6 de marzo de 2008 con Old Mutual; y *iii)* el 24 de marzo de 2009 con Horizonte hoy Porvenir S.A.

Expuso, que no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que el traslado de régimen puede tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara

y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.

Explicó que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Y que, si el afiliado alegaba, que la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario; esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo (sentencia CSJ SL1688-2019).

Indicó, que en el presente asunto la AFP que realizó el traslado de régimen pensional, esto es, Colmena hoy Protección no actuó con el cuidado de dar toda la información necesaria para cumplir con la teoría de la voluntad informada, pues este era un tema especialísimo de altos conocimientos que solamente los alcanzan las personas que están dedicadas al oficio de administrar las pensiones.

Advirtió, que en el plenario no se había acreditado que la demandante hubiese recibido por parte de la AFP Colmena hoy Protección ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales, de ahí que resultaba ineficaz el traslado, y en consecuencia los traslados horizontales realizados con posterioridad también lo estaban.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

La **AFP Protección S.A.**, interpuso recurso de apelación de manera parcial contra la sentencia respecto de la condena a devolver los gastos de administración durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a esa AFP, pues considera que realizó una excelente gestión con la cuenta de ahorro individual de la actora, lo que se puede verificar con los rendimientos financieros; que devolver esos concepto sería

como castigar a esa entidad por su excelente gestión, además que para Colpensiones se generaría un enriquecimiento sin justa causa ya que nunca realizó gestión alguna sobre ese dinero; y que esos descuentos se efectuaron por autorización de la Ley 100 de 1993.

Expuso, que esos gastos de administración no corresponden a la pensión y en ese entendido se les puede aplicar la prescripción parcial; indicó que como estas se están cobrando a título de perjuicio, y en el plenario no obraba pruebas de un daño, ni juramento estimatorio, ni nexo causal entre algún daño y comportamiento alguno de esa entidad.

**OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS (SKANDIA)**, interpuso recurso de apelación de forma parcial en lo que tiene que ver con los gastos de administración, teniendo en cuenta que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 autorizaba a los fondos privados a descontar un 3% para *«financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes»*, y que el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 señalaba que cuando *«se trate de una administradora del RAIS, deberá trasladar el saldo en unidades de los aportes efectuados a nombre del trabajador, destinados a la respectiva cuenta individual y al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, multiplicado por el valor de la unidad vigente para las operaciones del día en que se efectúe el traslado. Para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS»*.

Concluyó, que no existe sustento legal para ordenar trasladar a Colpensiones el 3% destinado a *«financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes»*; además que esos dineros ya fueron pagados, y por tanto no se encuentran en poder de Skandia.

La **AFP PORVENIR** interpuso recurso de apelación afirmando que ella no fue quien realizó el cambio de régimen pensional, por ende, no conoció las circunstancias de tiempo modo y lugar en las que se realizó el mismo, no obstante, fue condenada en costas, incluso en valor superior a la AFP que si propició dicho cambio. Expuso que la condena en gastos de administración no era procedente según concepto de la Superintendencia Financiera, además que generaban un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, entidad que no ha administrado esos recursos.

Expuso que cada caso debe ser analizado de manera particular, sin perder de vista que la demandante permaneció en el RAIS por largo tiempo, realizando traslados horizontales y permitiendo que se hicieran los descuentos con destino a este régimen.

**COLPENSIONES** no interpuso recurso.

### **CONSIDERACIONES**

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Protección, Old Mutual (Skandia) y Porvenir S.A., y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, de conformidad con el artículo 69 CPTSS.

### **PROBLEMA JURÍDICO**

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

En el presente asunto no es materia de discusión que: *i)* la señora NURY DEL ROSARIO FORERO HURTADO se afilió al ISS donde aportó desde el 24 de mayo de 1989 hasta el 30 de abril de 1999 la suma de 467,86 (f.º 14 y 99); *ii)* que el **25 de agosto de 1999** se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Colmena hoy Protección S.A. (f.º 171 y 122); *iii)* que el 21 de noviembre de 2000 se vinculó a Horizonte (f.º 120 y 122); *iv)* que el 6 de marzo de 2008 se trasladó a Skandia (f.º 209 y 122); y *v)* que el 24 de marzo de 2009 se vinculó con Horizonte hoy Porvenir S.A. (f.º 121), AFP en la que se encuentra actualmente.

### **INEFICACIA DEL TRASLADO**

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin

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

En ese contexto desde ya precisa esta Sala que, lo que se declarará es la ineficacia del traslado, dado que conforme se expuso en la sentencia CSJ SL2877-2020, reiterada entre otras en las providencias CSJ SL5252-2021 y CSJ SL755-2022, en casos como el presente donde se acredita la falta de una debida información por parte del fondo privado lo que se genera es la ineficacia del acto jurídico del traslado y no su nulidad por las siguientes razones:

*(...) al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*

*Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*

*En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*

*Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el Juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.*

*Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el Juez en cada caso en particular.*

*De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –25 de agosto de 1999-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

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

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

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

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

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

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

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

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del***

**acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.** (Negrillas fuera del texto original).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, 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 tanto, se hace necesario, primero, modificar el numeral primero de la decisión de instancia, para declarar la ineficacia y no la nulidad del traslado realizado por la demandante NURY DEL ROSARIO FORERO HURTADO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 25 de agosto de 1999, a través de la afiliación a la AFP COLMENA hoy

Protección S.A.; y segundo, adicionar el numeral tercero, cuarto y quinto, en el sentido de ordenar a la AFP Protección, Old Mutual (Skandia) y AFP Porvenir, 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, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

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

### **PRESCRIPCIÓN**

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

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

### **COSTAS**

Costas en esta instancia a cargo de la demandada Protección, Old Mutual (Skandia) y Porvenir, 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 numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la demandante NURY DEL ROSARIO FORERO HURTADO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 25 de agosto de 1999, a través de la afiliación a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A.

**SEGUNDO: ADICIONAR NUMERAL TERCERO** de la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora, esto es, entre el 1 de octubre de 1999 y el 31 de diciembre de 2000. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

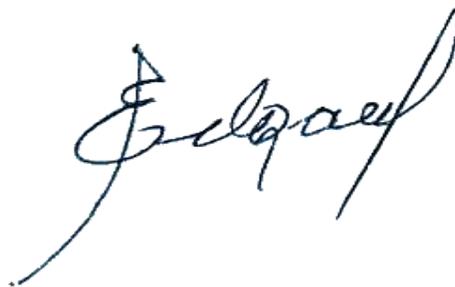
**TERCERO: ADICIONAR NUMERAL CUARTO** de la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. o SKANDIA S.A., a trasladar a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, 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 la demandante estuvo afiliada a esa administradora, esto es, entre el 1 de mayo de 2008 y hasta el 30 de abril de 2009. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

**CUARTO: ADICIONAR NUMERAL CUARTO** de la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación de la demandante NURY DEL ROSARIO FORERO HURTADO desde el 1° de enero de 2001 hasta el 30 de abril de 2008 y del 1° de mayo de 2009 en adelante, 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 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.

**QUINTO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia consultada y apelada.

**SEXTO: COSTAS** en esta instancia a cargo de Protección S.A., Old Mutual (Skandia) y Porvenir S.A.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado Ponente



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada

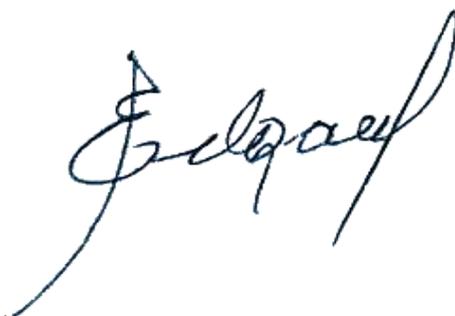


**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**

**Magistrado**

**AUTO DEL PONENTE:**

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Protección S.A., Old Mutual (Skandia), y Porvenir S.A., la suma de \$1.000.000 cada una.

A handwritten signature in black 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 DE XIMENA AMPARO TOBAR VANEGAS  
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES  
COLPENSIONES, Y ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y  
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de julio 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 **XIMENA AMPARO TOBAR VANEGAS**, se **declare** la nulidad de su traslado del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) efectuada a través de la AFP Porvenir el 5 de mayo de 1995. En consecuencia, se **ordene** a Porvenir devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, y sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; a Colpensiones recibirla en el RPM como afiliada cotizante; y se **condene** a las demandadas ultra y extra petita y a las costas procesales.

**Como hechos fundamento de las pretensiones** (f.º 64-88), señaló en síntesis, que nació el 17 de julio de 1961; que se afilió al ISS el 8 de julio de 1986; y que se trasladó al RAIS el 5 de mayo de 1995 mediante la firma de un formulario de afiliación con Porvenir S.A.

Narró, que el asesor de Porvenir le ofreció beneficios como pensionarse a más temprana edad, que el monto de su prestación de vejez sería más alto que en el RPM, que si al cumplir la edad no deseaba pensionarse podía solicitar el capital ahorrado en su cuenta individual, y le indicó que el ISS iba a ser liquidado, por lo que sus aportes se encontraban en riesgo; agregó que no le informaron: *i)* cual era el capital requerido en el RAIS para obtener una pensión de vejez y sus diferentes modalidades; *ii)* que para poder heredar el capital debía seleccionar la modalidad de retiro programado; *iii)* que podía retornar al RPM antes de que le faltaran 10 años para llegar a la edad de pensión; *iv)* o no le entregaron una proyección pensional de su prestación en ambos regímenes; y *v)* de manera clara suficiente y concisa las implicaciones de su traslado de régimen.

Indicó, que Porvenir le realizó una proyección pensional informándole que su mesada pensional para cuando cumpliera 58 años sería de \$1.348.100, mientras que en el RPM equivaldría al 90% del IBL pues cuenta con más de 1250 semanas aportadas al sistema general de pensiones; y que petitionó ante Colpensiones, y Porvenir la nulidad del traslado al RAIS, pero que ambas entidades negaron esa solicitud.

## CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

**COLPENSIONES** contestó (f.º 95-100), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, solo aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y la reclamación administrativa; frente a los demás señaló que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (CD f.º 132), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos expuso a unos que no le constaban por corresponder a otra entidad y a otros que no eran ciertos, y aclaró que para el momento de la vinculación en el año 1995, otorgó a la parte actora, una asesoría íntegra, veraz y oportuna, desde el momento de la afiliación, conforme se desprende de la solicitud de afiliación -documento público- que se presume auténtico, y que por tratarse de un sistema público y obligatorio, las condiciones de afiliación, traslado, cotización y reconocimiento de prestaciones tanto en el régimen de prima media con prestación definida como en el régimen de ahorro individual con solidaridad

se encuentran definidas y establecidas en su totalidad por la ley, sin que le esté dado a las partes pactar condiciones diferentes.

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

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 24 de marzo de 2021 (f.º 132 CD), resolvió:

*PRIMERO: Declárese nulo e ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante señora XIMENA AMPARO TOBAR VANEGAS del Instituto de Seguros Sociales a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, realizado mediante la suscripción del formulario de fecha 5 de mayo de 1995 con efectividad a partir del 1º de junio de 1995 conforme a lo expuesto.*

*SEGUNDO: Declárese válidamente vinculada a la demandante señora XIMENA AMPARO TOBAR VANEGAS al régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a lo expuesto.*

*TERCERO: Condénese a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A a trasladar a Colpensiones todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en dicho régimen, es decir desde que cobro efectividad el traslado, 1º de junio de 1995 y hasta la fecha cuando se haga efectivo el traslado, estos últimos ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados.*

*CUARTO: Ordénese a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante señora XIMENA AMPARO TOBAR VANEGAS, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación definida.*

*QUINTO: Declárense no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto.*

**Fundamentó su decisión**, en que se encontraba probado que la demandante nació el 17 de julio de 1961; que cotizó 351 semanas al RPM entre el 8 de julio de 1986 y el 31 de mayo de 1995, y que el 5 de mayo de 1995 se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. el cual se hizo efectivo a partir del 1º de junio del mismo año, donde ha aportado 904 semanas.

Expuso, que no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que el traslado de régimen puede tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito

con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.

Explicó, que las AFP desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Y que, si el afiliado alegaba, que la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario; esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo (sentencia CSJ SL1688-2019).

Indicó, que en el presente asunto la AFP que realizó el traslado de régimen pensional, esto es, Porvenir no actuó con el cuidado de dar toda la información necesaria para cumplir con la teoría de la voluntad informada, pues este era un tema especialísimo de altos conocimientos que solamente los alcanzan las personas que están dedicadas al oficio de administrar las pensiones.

Advirtió, que en el plenario no se había acreditado que la demandante hubiese recibido por parte de la AFP Porvenir ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales, de ahí que resultaba ineficaz el traslado.

## RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR** interpuso recurso de apelación afirmando que en el proceso no se probó que faltara alguno de los elementos esenciales de este acto jurídico del traslado, ni que el demandante al momento de tomar la decisión de pertenecer al RAIS fuera incapaz absoluto, y que, necesariamente de haber alguna irregularidad en el

cambio de régimen, esta debía tratarse como una nulidad relativa, las cuales pueden ser ratificadas de manera expresa y tácita.

Sostuvo, que Porvenir es una entidad de carácter privado y por tanto, frente a ella debe presumirse la buena fe; además que la demandante para la data en que se trasladó al RAIS no tenía derechos consolidados y que fue ella quien voluntariamente eligió ese régimen pensional, sin que le fuera dable rechazar la afiliación.

Advirtió, que la voluntad de permanecer en un régimen no se configura con la sola afiliación, sino también mediante actos continuos y sucesivos como el pago de aportes, que al pasar el tiempo dan lugar a reconocer las prestaciones del sistema, por lo que declarar la ineficacia del traslado afectaría el régimen subsidiado por el Estado y además se estaría creando un sistema jurídico distinto al creado por el legislador, pues este reguló que cuando la afiliación se hace voluntariamente el afiliado asume las consecuencias de esta.

Expuso, que la condena en gastos de administración no era procedente según concepto de la Superintendencia Financiera, porque esa entidad consideró que los únicos conceptos a retornar eran los aportes y los rendimientos de la cuenta del afiliado, ya que, frente a los seguros previsionales, la aseguradora ya había cumplido con mantener la cobertura en los riesgos de invalidez y muerte. Agregó que trasladar a Colpensiones los gastos de administración y lo pagado por seguros generaban un enriquecimiento sin causa en su favor.

**COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación argumentando que el deber de información debía ser analizado conforme la normatividad vigente para la fecha del traslado de la actora, esto es, el Decreto 692 de 1994 que lo único que exigía era el formulario de afiliación firmado por la demandante, el cual se suscribió de manera libre voluntaria y sin presiones; explicó que no era válido imponer a las AFP obligaciones no previstas en el ordenamiento jurídico para la data del traslado de régimen pensional, porque ello vulnera el principio de confianza legítima, debido proceso y derecho de defensa porque conforme el artículo 29 de la Constitución Política el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga.

Advirtió, que Colpensiones no tuvo ninguna incidencia en el traslado de régimen pensional, no obstante, es quien debe asumir toda la carga de la prestación, afectándose así el principio de la sostenibilidad financiera.

## 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 esta última en lo que no fue objeto de alzada.

### 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 XIMENA AMPARO TOBAR VANEGAS se afilió al ISS donde aportó desde el 8 de julio de 1986 hasta el 31 de mayo de 1995 la suma de 290,29 semanas (exp. administrativo); y *ii)* que el **5 de mayo de 1995** se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir S.A. (f.º 15), AFP en la que se encuentra actualmente.

### INEFICACIA DEL TRASLADO

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

En ese contexto desde ya precisa esta Sala que, lo que se declarará es la ineficacia del traslado, dado que conforme se expuso en la sentencia CSJ SL2877-2020, reiterada

entre otras en las providencias CSJ SL5252-2021 y CSJ SL755-2022, en casos como el presente donde se acredita la falta de una debida información por parte del fondo privado lo que se genera es la ineficacia del acto jurídico del traslado y no su nulidad por las siguientes razones:

*(...) al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*

*Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*

*En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*

*Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el Juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.*

*Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el Juez en cada caso en particular.*

*De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**5 de mayo 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 el **5 de mayo 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).

Frente al argumento de Porvenir de que no podía rechazar la afiliación que estaba haciendo la demandante, es pertinente mencionar que justo antes de aceptar esa vinculación debía informar a la potencial afiliada de sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de **ambos** regímenes pensionales, solo así el consentimiento que ella dio se consideraría informado, pues recuérdese que *«no se trataba de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. [...] la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «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».* (sentencia CSJ SL1688-2019).

De otro lado, ese órgano de cierre, también ha advertido que para la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional, ni la línea jurisprudencial que esa

Corporación ha desarrollado, ni 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»* (CSJ SL1565-2022, que reiteró la CSJ SL3719-2021 y CSJ SL5595-2021).

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene 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**.

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

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

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, 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 tanto, se hace necesario, primero, modificar el numeral primero de la decisión de instancia, para declarar la ineficacia y no la nulidad del traslado realizado por la demandante XIMENA AMPARO TOBAR VANEGAS del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 5 de mayo de 1995, a través de la afiliación a la AFP Porvenir S.A.; y segundo, adicionar el numeral tercero, en el sentido de ordenar a la AFP PORVENIR S.A. el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de

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

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

### **PRESCRIPCIÓN**

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

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

### **COSTAS**

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES, y 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:**

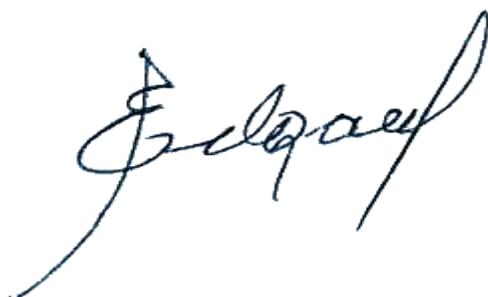
**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la demandante XIMENA AMPARO TOBAR VANEGAS del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 5 de mayo de 1995, a través de la afiliación a la AFP Porvenir S.A.

**SEGUNDO: ADICIONAR NUMERAL TERCERO** de la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación de la demandante XIMENA AMPARO TOBAR VANEGAS desde el 1° de junio de 1995 en adelante, 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 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 consultada y apelada.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
**Magistrado Ponente**



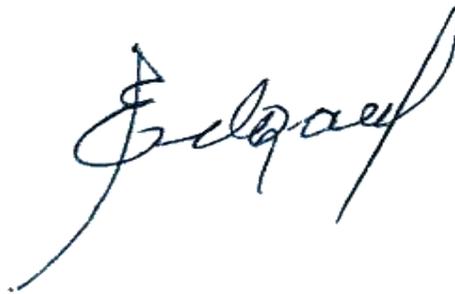
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado

**AUTO DEL PONENTE:**

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir y Colpensiones, la suma de \$1.000.000 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 DE MARÍA GABRIELA ALARCÓN DÍAZ  
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES  
COLPENSIONES, Y ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y  
CESANTÍAS PROTECCIÓN.**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de julio 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 GABRIELA ALARCÓN DÍAZ** se **declare** la nulidad e ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), realizado a través de la AFP Protección S.A., por omisión a su deber de información. En consecuencia, se **condene** a la AFP Protección S.A., a trasladar a Colpensiones todos los aportes realizados junto con sus rendimientos financieros; a Colpensiones activar su afiliación al RPM, a recibir sus aportes y a actualizar su historia laboral; y se **condene** a las demandadas ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

**Como hechos fundamento de las pretensiones** (carpeta 1 exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 4 de octubre de 1960; que se afilió al ISS donde aportó con diferentes empleadores la suma de 450 semanas; que en 1997 se trasladó al RAIS a través de la AFP Protección, donde continúa vinculada actualmente; que la asesoría brindada por la AFP solo hizo referencia a que el RAIS tenía muchas ventajas, que su

mesada pensional en cuantía sería mucho mejor que la que le reconocerían en el RPM, que podía pensionarse a la edad y con el monto que quisiera, pero no le explico cómo, tampoco la ilustró en qué consistía cada régimen pensional, que no le expusieron las consecuencias o implicaciones de su traslado de régimen, ni que en el RAIS todo depende del saldo que tenga en la cuenta de ahorro individual el cual debe ser muy cuantioso para obtener una pensión en iguales condiciones a las ofrecidas en el régimen de prima media.

Narró, que su derecho a tener una pensión digna acorde al salario devengado, se frustró debido al traslado del régimen, puesto que el RPM le es más favorable y al momento de su traslado el asesor no le explicó este beneficio; que en el año 2018 solicitó a Protección una proyección pensional, entidad que le informó que en el RAIS a los 60 años sería de \$1.868.714, mientras que en el RPM a la misma edad tendría una mesada de \$4.467.645, lo que constituye un detrimento en su derecho pensional equivalente a un 40%; que fue asaltada en la confianza legítima, siendo inducida al error por el asesor del fondo de pensiones quien le indicó que la pensión sería igual o mejor en el RAIS, la cual en la actualidad resultó ser muy inferior a la que obtendría en el RPM; y que el 12 de junio de 2019, agotó la vía gubernativa ante Colpensiones.

## **CONTESTACIONES DE LA DEMANDA**

**COLPENSIONES** contestó (carpeta 1 exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su afiliación al ISS y las semanas allí aportadas, y que agotó la reclamación administrativa; frente a los demás señaló que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones las de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual; presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, falta de causa para pedir, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la CN, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005 y la innominada o genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó (carpeta 1 exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó el traslado de la accionante del RPM al RAIS en 1997 y que en el año 2018 realizó la proyección pensional a la que se hizo referencia; frente a los demás, expuso a unos que no le constaban por corresponder a otra entidad y a otros que no eran ciertos, y aclaró que a la demandante se le dio una asesoría de manera verbal, la cual fue clara, completa,

comprensible, veraz y profesional, la cual se dio conforme el caso particular, realizándole las respectivas proyecciones pensionales en ambos regímenes con el fin de determinar su panorama pensional y orientar debidamente su decisión. Agregó que informó con claridad las características propias del RAIS, las implicaciones de su decisión de afiliarse a este y sus diferencias con el RPM, dejando claro que uno y otro eran excluyentes y que cada uno conllevaba sus propias condiciones sin que pudiese hablarse de beneficios o inconvenientes, sino de efectos diferentes entre uno y otro, cumpliendo así PROTECCIÓN con su responsabilidad profesional, y que fue la actora quien de forma libre, consiente y voluntaria decidió trasladarse al RAIS.

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

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 10 de junio de 2021 (archivo 12-13 exp. Digital), resolvió:

**PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas.

**SEGUNDO: DECLARAR** la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante MARÍA GABRIELA ALARCÓN DÍAZ a través de PROTECCIÓN S.A., de fecha 27 de octubre de 1997.

**TERCERO:** Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a la demandada PROTECCIÓN S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los aportes efectuados por la demandante durante su afiliación al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad, junto con sus rendimientos, y lo descontado por concepto de gastos de administración.

**CUARTO: ORDENAR** a la demandada COLPENSIONES a recibir a la demandante MARÍA GABRIELA ALARCÓN DÍAZ como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

**QUINTO: ABSOLVER** a la demandada COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra.

**SEXTO: CONDENAR** en costas a la demandada PROTECCIÓN S.A. y a favor de la demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) SMLMV. Sin costas respecto de COLPENSIONES.

**SÉPTIMO:** *En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada COLPENSIONES remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta.*

**Fundamentó su decisión,** en que, según lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia este caso debía abordarse desde la ineficacia, ya que, conforme lo establecido en el literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100 de 1993 lo que debía verificarse es si el acto jurídico que generó el traslado de régimen pensional fue informado, pues la AFP debía ilustrar sobre los riesgos que implicaba el traslado de régimen y sus beneficios, permitiendo una decisión autónoma y consciente.

Indicó, que el deber de información tenía varias etapas, y que la validez del acto del traslado debía verificarse al momento en que este se realizó, que para el caso lo había sido el 27 de octubre de 1997, encontrándose en la primera etapa del mencionado deber, por lo que la AFP Protección debía como mínimo haberla ilustrado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluía dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.

Expuso, que en el expediente no había prueba que acreditara el deber de información, porque se allegó el formulario de afiliación, el cual no era prueba del cumplimiento del mencionado deber, que a lo sumo acreditaban un consentimiento, pero no informado, y que, del interrogatorio de parte rendido por la actora no se podía extraer que se le hubiese dado una ilustración clara y suficiente sobre las características de cada uno de los regímenes pensionales, las diferencias entre estos, con sus ventajas y desventajas, que si bien ella había manifestado que se le habían informado que podía pensionarse antes de la edad requerida y con el monto que ella quisiera, lo cierto era que para ello se debían cumplir unos requisitos que no le fueron explicados.

También valoró el formulario de reasesoría a la demandante realizada en julio de 2007, frente a la que consideró que lo que debía verificarse era el cumplimiento del deber de información al momento de traslado y no con posterioridad, por lo que este no tenía la virtualidad de convalidar un acto afectado de ineficacia.

Advirtió, que bajo ese panorama declararían ineficaz el traslado de régimen pensional realizado el 27 de octubre de 1997 a través de Protección S.A.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

**COLPENSIONES** interpuso recurso contra la sentencia argumentando que debe tenerse en cuenta el principio de la relatividad jurídica, porque Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre la demandante y Protección, el cual solo tiene efectos inter-partes, por lo que la decisión de los jueces no puede afectar a esa entidad con la misma. Solicitó que no se ordene a esa entidad recibir a la demandante en el RPM porque esa decisión afecta gravemente el equilibrio financiero del sistema, generando un impacto económico en las reservas pensionales.

Peticionó que, en caso de mantenerse la decisión de recibir a la actora en el RPM, se condene a la AFP que omitió el deber de información a pagar a Colpensiones los perjuicios económicos generados, ello en virtud a la teoría del daño, esto es, quien causa un daño debe repararlo, y no un tercero como lo es Colpensiones.

**PROTECCIÓN S.A.**, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia de manera parcial, solo en lo que tiene que ver con los gastos de administración y seguros previsionales.

Expuso, que los gastos de administración son un descuento autorizado por la ley 100 de 1993 el cual corresponde al 3% sobre el 16% que se aporta como cotización, el cual se usa para financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, mismo porcentaje que se descuenta en el RPM.

Advirtió, que como se observaba en el extracto de la cuenta de ahorro individual de la demandante esta obtuvo rendimientos financieros significativos respecto de lo ahorra en esa cuenta, lo que indicaba que esos recursos fueron debidamente administrados por Protección.

Señaló, que la condena impuesta en primera instancia de devolver las cotizaciones los rendimientos y los gastos de administración, constituye un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones, porque está recibiendo una comisión que no está destinada a financiar la mesada pensional y porque ya se le están trasladando los rendimientos que fueron fruto de la buena administración de la AFP, lo que faculta a Protección a conservar esa comisión como restitución mutua a su favor, o en caso de que tenga que devolverlos porque nunca debió administrar esos recursos, no se condene a trasladar los rendimientos porque nunca debieron existir.

De otro lado, indicó que los seguros de invalidez y sobrevivientes ya fueron pagados periódicamente a una aseguradora, quien mantuvo cubierta a la demandante por los riesgos de invalidez y muerte durante toda su vinculación a Protección, que este contrato se hace por mandato legal y no por capricho de las AFP, siendo ese dinero entregado a un tercero, por lo que no resultaba justo que fuese condenada a devolver ese monto de su propio patrimonio, cuando había sido la demandante quien se había beneficiado de esas coberturas.

## CONSIDERACIONES

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

## PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión que: *i)* la señora MARÍA GABRIELA ALARCÓN DÍAZ se afilió al ISS donde aportó desde el 5 de febrero de 1986 hasta el 31 de octubre de 1997 la suma de 299,43 semanas (f.º 30-34 y 138-142 PDF carpeta 1 exp. Digital); *ii)* entre el 11 de agosto de 1986 y el 21 de febrero de 1987 laboró para Ecopetrol, entidad que responde por dicho periodo (f.º 62-65 PDF carpeta 1 exp. Digital); *iii)* desde agosto hasta diciembre de 1983 prestó servicios al Ministerio de Defensa Nacional (f.º 66-73 PDF carpeta 1 exp. Digital); *iv)* el **27 de octubre de 1997** se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Protección S.A. (f.º 59 y 185-187 PDF carpeta 1 exp. Digital), AFP en la que se encuentra actualmente; y *v)* el 24 de julio de 2007 se le realizó a la demandante una reasesoría pensional, en la que se le indicó que no le convenía quedarse en Protección (f.º 225 PDF carpeta 1 exp. Digital).

## INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de

cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

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

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

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –27 de octubre de 1997-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Protección suscrito el 27 de octubre de 1997, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un

afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, o porque le realizaron una reasesoría como en el *sub lite* que se efectuó el 24 de julio de 2007, 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 afiliado no haber retornado al RMP, 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:

*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).*

[...]

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

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

Debe hacerse claridad además en que, si bien la actora expone en los hechos de su demandada que la prestación de vejez le resulta más favorable en el RPM que en el RAIS, lo cierto es que, ello de ninguna manera desvirtúa o subsana la omisión de la AFP en su deber de información a la data de su traslado, pues la validez de dicho acto jurídico depende del consentimiento informado, es decir, de que la AFP hubiese atendido estrictamente o no su deber de información según el momento histórico en que debía cumplirse, supuesto en el que resulta inane si la mesada pensional presenta una presunta diferencia en su cuantía.

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

como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

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

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

*Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, 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 PROTECCIÓN S.A. el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

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

Por último, respecto de la condena en perjuicios a las AFP referida por Colpensiones en el recurso de alzada, advierte la Sala que esta no es procedente, porque estos no fueron reclamados dentro del proceso y no se encuentran debidamente acreditados en este, por lo que, de entrar esta Colegiatura a analizar ese

tema, constituiría un hecho o medio nuevo no debatido en primera instancia. No obstante, Colpensiones se encuentra en la libertad de interponer las acciones que considere necesarias en pro de resarcir los perjuicios que considere ocasionados.

### **PRESCRIPCIÓN**

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

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

### **COSTAS**

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

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

### **RESUELVE:**

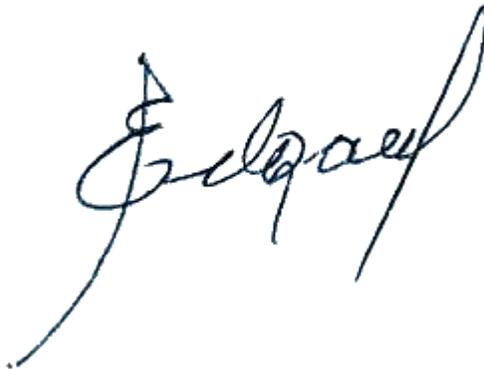
**PRIMERO: ADICIONAR NUMERAL TERCERO** de la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación de la demandante MARÍA GABRIELA ALARCÓN DÍAZ, desde el 1° de diciembre de 1997 en adelante, 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 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 y consultada.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado Ponente



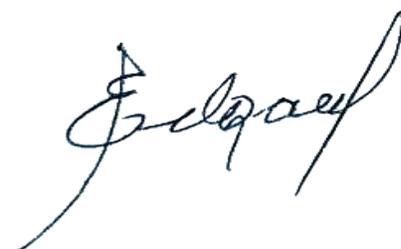
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado

**AUTO DEL PONENTE:**

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Protección S.A. y Colpensiones, la suma de \$1.000.000 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 DE VILMA MARÍA GUTIÉRREZ LÓPEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (SKANDIA).**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de julio 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 **VILMA MARÍA GUTIÉRREZ LÓPEZ** se **declare** la nulidad del traslado inicial del régimen de prima media (en adelante RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) efectuado a través de la AFP Santander S.A., hoy Protección S.A. En consecuencia, se **condene** a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a devolver a Colpensiones todos y cada uno de los valores consignados en su cuenta de ahorro individual, por concepto de cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional de la aseguradora, junto con los rendimientos causados, como lo dispone el artículo 1746 del CC, así como, a asumir cualquier diferencia económica en caso de existir alguna para garantizar el pago de la pensión en aras de mantener la sostenibilidad económica del sistema; se **ordene** a Colpensiones recibirla en el RPM, y mantenerle los beneficios de dicho régimen; y se **condene** a las demandadas ultra y extra petita.

**Como hechos fundamento de las pretensiones** (f.º 109-128 archivo 1 exp. Digital), señaló en síntesis, que nació el 1º de enero de 1960; que se afilió al ISS desde el 7 de mayo de 1979; que se trasladó al RAIS desde el 1º de enero de 2003 con la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A.; que debido a la falta de información, realizó múltiples traslados de AFP; que solicitó ante Old Mutual S.A., AFP en la cual se encuentra actualmente afiliada, información de su mesada pensional, la cual fue entregada el 16 de noviembre de 2017, observando una diferencia sustancial en el monto equivalente al 20% de un régimen a otro; que en el RAIS le ofrecen una pensión de garantía mínima; y que agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones, AFP Protección y Old Mutual.

Expuso, que las administradoras de pensiones demandadas faltaron al deber profesional de información, al no ilustrarla de manera clara, completa y cierta acerca de las implicaciones y consecuencias del cambio de régimen pensional; y que tampoco le dieron un buen consejo para el cambio de régimen, con base en un estudio objetivo y actuarial particular de sus circunstancias pensionales.

### **CONTESTACIONES DE LA DEMANDA**

**COLPENSIONES** contestó (f.º 144-154 archivo 1 exp. Digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su vinculación al ISS, y que agotó la reclamación administrativa ante esa entidad; frente a los demás, señaló que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica.

**OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, contestó (f.º 179-196 archivo 1 exp. Digital), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su vinculación al ISS, su traslado al RAIS y que actualmente está vinculada a Old Mutual S.A., la proyección pensional que le realizó exponiendo los posibles valores de su mesada pensional en ambos regímenes pensionales, y que presentó solicitud de nulidad de traslado; frente a los demás, indicó que no le constaban por incumbir a una persona diferente, o que no eran ciertos, aclarando que el traslado de régimen pensional se había dado con otra AFP, y que previo a la vinculación de la demandante con Old Mutual se le había brindado un asesoría que cumplía con todos los parámetros

exigidos y contemplados en la Ley 100 de 1993, en el Estatuto Financiero de 1993, y demás normas concordantes, entregándole información cierta, suficiente y oportuna.

Propuso como excepciones de mérito las de prescripción cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó (f.º 261-295 archivo 1 exp. Digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora, y que presentó solicitud de nulidad de traslado ante esa entidad; frente a los demás, señaló que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos, y aclaró que informó de manera objetiva e integral sobre todas las características del RAIS en comparación con el RPM, puntualmente sobre: *i)* cuenta de ahorro individual vs. fondo común; *ii)* capital acumulado vs. requisitos de edad y semanas de cotización; *iii)* garantía de pensión mínima en RAIS; y *iv)* devolución de saldos vs. indemnización sustitutiva.

En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y la innominada o genérica.

**PORVENIR S.A.** contestó (f.º 340-359 archivo 1 exp. Digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora, y su traslado al RAIS mediante formulario de afiliación a la AFP Horizonte hoy Porvenir suscrito el 18 de septiembre de 2002 con fecha de efectividad 1º de noviembre de 2002; frente a los demás, señaló que no le constaban por corresponder a otras entidades o que no eran ciertos, y aclaró que la demandante fue asesorada con diligencia; que se le informó que podía obtener una pensión más alta que la que obtendría en el RPM y a la edad que escogiera en razón a que el RAIS lo permite a través de la planeación y el ahorro, lo que implicaba mantener un nivel de cotizaciones constantes, no solo en tiempo sino en valor y/o efectuando cotizaciones voluntarias; que se le ilustró acerca de los dos regímenes pensionales, su funcionamiento, ventajas y desventajas y forma de liquidar las prestaciones.

Formuló las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 21 de abril de 2021 (archivo 13-14 exp. digital), resolvió:

**PRIMERO: DECLARAR** la nulidad del traslado realizado por la demandante VILMA MARÍA GUTIÉRREZ LÓPEZ, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 18 de septiembre de 2002, a través de la afiliación a la administradora de fondos de pensiones Horizonte s.a., hoy AFP PORVENIR S.A., y de contera, dejar sin efectos los traslados realizados con posterioridad entre fondos privados de pensiones, conforme lo expuesto.

**SEGUNDO: DECLARAR** válidamente vinculada a la demandante señora VILMA MARÍA GUTIÉRREZ LÓPEZ al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por Colpensiones, conforme a lo expuesto.

**TERCERO: CONDENAR** a la administradora de fondos de pensiones OLD MUTUAL S.A., a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora VILMA MARÍA GUTIÉRREZ LÓPEZ, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causados y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

**CUARTO: CONDENAR** a la AFP Porvenir y a la AFP Protección a devolver a Colpensiones a través de Old Mutual, los costos cobrados por concepto de administración con motivo de la afiliación de la señora VILMA MARÍA GUTIÉRREZ LÓPEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad.

**QUINTO: CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, a recibir todos los valores que reintegre la Old Mutual S.A., con motivo de la declaratoria de nulidad de la afiliación de la señora VILMA MARÍA GUTIÉRREZ LÓPEZ, al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros actualizar su información en la historia laboral.

**SEXTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas.

**SÉPTIMO: ABSOLVER** a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda.

El Juzgado de primera instancia, **basó su decisión fundamentalmente** en que las administradoras de fondos de pensiones, deben garantizar que al momento del traslado de régimen pensional existió una decisión informada, y que ésta, fue la que determinó que el afiliado de manera autónoma, libre, voluntaria y consciente decidiera pertenecer a un determinado régimen, tal como lo disponía el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; además, que tal información debía ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debía conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, citó en extenso las sentencias CSJ SL4964-2018.

Señaló, que existían unos deberes y obligaciones que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia había trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destacaba: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad; (iii) una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica (sentencia CSJ SL17595-2017).

Expuso, que era a las AFP a quienes les correspondía demostrar que al momento del traslado brindó la información en los términos señalados y, por ende, debían proveer a los jueces de todos los medios de prueba suficientes, que permitieran concluir, que, al momento del traslado, el afiliado contaba con todos los elementos de juicio suficientes para efectuar su afiliación o traslado, de manera libre y voluntaria.

Agregó, que desde el nacimiento de las AFP estas tenían la obligación de dar una información completa, oportuna y verídica conforme el numeral 1° del artículo 97 de la Ley 663 de 1993 (citó en extenso la CSJ SL1688-2019).

Sostuvo, que la obligación del deber de información de las AFP debía cumplirse y por ende verificarse sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, porque la violación a este se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Indicó, que en este caso se encontraba probado que el traslado al RAIS se dio mediante la suscripción el 18 de septiembre de 2002 de la solicitud de afiliación a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., y que posteriormente se realizaron varios traslados entre AFP pasando el 26 de febrero de 2004 a la AFP Santander hoy Protección, el 25

de marzo de 2008 a Skandia, el 10 de septiembre de 2010 a Horizonte y el 2 de mayo de 2016 a Old Mutual, no obstante indicó que no solo debía demostrarse el traslado de régimen sino también que este se produjo con libertad informada, pero que si bien se había allegado los formularios de afiliación a cada fondo, estos carecían absolutamente de elementos de los que se pudiese observar que a la demandante se le ilustró acerca de las condiciones precisas por medio de las cuales entraría a ser parte del régimen de ahorro individual, pues de este, solamente se extraía datos de índole personal y laboral que no representaba el carácter circunspecto que debía comportar el traslado de régimen pensional.

Manigestó, que en este caso ni la AFP Porvenir ni ninguna de las demandadas presentaron pruebas de haber cumplido con la obligación que le imponía los incisos 5 y 6 del artículo 15 del decreto 656 de 1994, esto es, la de entregar a la afiliada en el momento de su vinculación el texto del reglamento de funcionamiento de la entidad y el plan de pensión; y que del interrogatorio de parte rendido por la actora, esta manifestó que no recibió proyecciones pensionales, y que únicamente le informaron sobre aspectos positivos del RAIS, pero que no le entregaron datos o información sobre el impacto negativo que podía llegar a tener como consecuencia de esa decisión, por ende, declaró ineficaz el traslado al RAIS efectuado a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir el 18 de septiembre de 2002, quedando sin efectos todos los traslados realizados con posterioridad.

## RECURSO DE APELACIÓN

**COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación argumentando que la demandante eligió pertenecer al RAIS desde el año 2002, y como quiera que, no era beneficiaria del régimen de transición no le era permitido regresar al RPM en cualquier tiempo.

Señaló, que el RPM y el RAIS distribuyen de manera diferente los aportes, y que han pasado 18 años aproximadamente en que Colpensiones no ha recibido aportes de la actora, por lo que no *«ayudó a financiar ni cobró gastos de administración, pues van en detrimento de mi representada y pone en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema pensional»*.

**OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS (SKANDIA)**, interpuso recurso de apelación de forma parcial en lo que tiene que ver con los gastos de administración, argumentando que conforme el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 estaba autorizada a

descontar de la cuenta de ahorro individual un 3% para «financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes». Además, que el efecto de la ineficacia era que el traslado al RAIS nunca existió y, por ende, los rendimientos financieros tampoco, considerando que esos rendimientos son superiores a lo descontado por gastos de administración.

La **AFP Protección S.A.**, interpuso recurso de apelación de manera parcial contra la sentencia respecto de la condena a devolver los gastos de administración, señalando que estos se hicieron conforme la norma que los autorizaba para ello, y que ese descuento se hace en ambos regímenes pensionales.

Expuso, que mientras la demandante hizo parte de ese fondo obtuvo unos rendimientos que ya fueron trasladados a la AFP que ella eligió con posterioridad, y que, en razón a ellos, Protección tiene derecho a conservar los gastos de administración que ya se causaron conforme las restituciones mutuas.

Explicó, que trasladar esos gastos a Colpensiones constituiría un enriquecimiento sin causa a favor de esa entidad, toda vez que esta no hace parte del capital para financiar la pensión por vejez y que ya no están en poder de Protección.

La **AFP Porvenir S.A.**, interpuso recurso de apelación solo frente a la condena por gastos de administración, expuso que la actora se vinculó con la AFP Horizonte en el año 2002, y que hasta el año 2013 se perfeccionó la fusión por adsorción de Horizonte con Porvenir, y esta última no pudo recibir ni como pasivos ni como activos las cuentas por gastos de administración de los afiliados a Horizonte.

Lo anterior, porque el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 señalaba taxativamente cuales eran los conceptos que constituían la cuenta de ahorro individual, dentro del cual no estaban los gastos de administración; además que la afiliada durante su vinculación a esa entidad tuvo rendimientos financieros, producto de la buena administración, lo que no hubiese ocurrido en el RPM.

## CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, Protección, Porvenir y Old Mutual (Skandia), y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones en lo no apelado, de conformidad con el artículo 69 CPTSS.

## PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. y posteriormente a otras AFPs, 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 VILMA MARÍA GUTIÉRREZ LÓPEZ se afilió al ISS donde aportó desde el 7 de mayo de 1979 hasta el 31 de octubre de 2002 la suma de 365,86 semanas (f.º 31-34 y 155-160 archivo 1 exp. digital); *ii*) que el **18 de septiembre de 2002** se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Horizonte hoy Porvenir (f.º 361 archivo 1 exp. digital); y *iii*) que realizó varios traslados entre fondos privados, mediante la suscripción de formularios de afiliación así:

- El 26 de febrero de 2004 con Santander hoy Protección (f.º 296 archivo 1 exp. digital).
- El 25 de marzo de 2008 con Skandia (f.º 197 archivo 1 exp. digital).
- El 10 de septiembre de 2010 con Horizonte hoy Porvenir (f.º 362 archivo 1 exp. digital).
- El 2 de mayo de 2016 con Old Mutual (f.º 198 archivo 1 exp. digital), AFP en la que se encuentra actualmente.

## INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia y no de la nulidad, 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.

En ese contexto, desde ya precisa esta Sala que, lo que se declarara es la ineficacia del traslado, dado que conforme se expuso en la sentencia CSJ SL2877-2020, reiterada entre otras en las providencias CSJ SL5252-2021 y CSJ SL755-2022, en casos como el presente donde se acredita la falta de una debida información por parte del fondo privado lo que se genera es la ineficacia del acto jurídico del traslado y no su nulidad por las siguientes razones:

*(...) al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:*

*Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).*

*En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*

*Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el Juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.*

*Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el Juez en cada caso en particular.*

*De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.*

De otro, la Corte Suprema de Justicia también fijó que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –18 de septiembre de 2002 -, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y

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

Conforme lo anterior, la AFP Horizonte hoy Porvenir contrario a lo argumentado en los recursos de apelación, 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 vinculación o traslado a la AFP Horizonte hoy Porvenir suscrito el 18 de septiembre de 2002 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 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 este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, como en el *sub lite* que la actora pasó de Horizonte

a Santander, luego de Santander a Skandia, posteriormente de Skandia a Horizonte, y finalmente, de Horizonte a Old Mutual, o porque le realizaron una reasesoría, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

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

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

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

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

***De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar***

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

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

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

De otro lado, ese órgano de cierre, también ha advertido que para la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional, ni la línea jurisprudencial que esa Corporación ha desarrollado, ni 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»* (CSJ SL1565-2022, que reiteró la CSJ SL3719-2021 y CSJ SL5595-2021).

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

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 primero, modificar el numeral primero de la decisión de instancia, para declarar la ineficacia y no la nulidad del traslado realizado por la demandante VILMA MARÍA GUTIÉRREZ LÓPEZ del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 18 de septiembre de 2002, a través de la afiliación a la administradora de fondos de pensiones Horizonte S.A., hoy AFP Porvenir S.A.; y segundo, adicionar los numerales tercero y cuarto, en el sentido de ordenar a las AFP demandadas trasladar a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquellas, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, 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 genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

## PRESCRIPCIÓN

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

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

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

### **COSTAS**

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

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

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **DECLARAR** la **ineficacia** del traslado realizado por la demandante VILMA MARÍA GUTIÉRREZ LÓPEZ del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 18 de septiembre de 2002, a través de la afiliación a la administradora de fondos de pensiones Horizonte S.A., hoy AFP PORVENIR S.A.

**SEGUNDO: ADICIONAR EL NUMERAL TERCERO** de la sentencia proferida por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a la demandada OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (Skandia), a trasladar a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante VILMA MARÍA GUTIÉRREZ LÓPEZ, entre el 1° de mayo de 2008 y el 31 de octubre de 2010, y desde el 1° de julio de 2016 en adelante, 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.

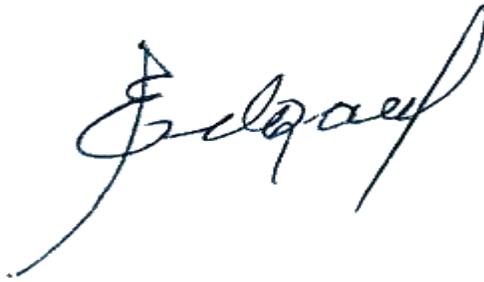
**TERCERO: ADICIONAR NUMERAL CUARTO** de la sentencia proferida por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a:

- la demandada a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. (antes AFP Horizonte), a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora, esto es, desde el 1° de noviembre de 2002 y hasta el 31 de marzo de 2004, y entre el 1° de noviembre de 2010 y el 30 de junio de 2016. 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.
- la demandada a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. (antes AFP Santander), a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora, esto es, entre el 1° de abril de 2004 y el 30 de abril de 2008. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

**CUARTO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia apelada.

**QUINTO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir, AFP Protección, AFP Old Mutual (Skandia), y Colpensiones.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
**Magistrado Ponente**



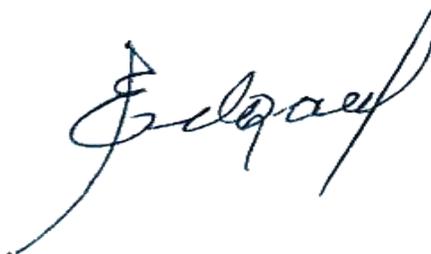
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
**Magistrada**



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
**Magistrado**

**AUTO DEL PONENTE:**

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir, AFP Protección, AFP Old Mutual (Skandia), y Colpensiones, la suma de \$1.000.000, para cada una.



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
**Magistrado Ponente**

**República de Colombia****Rama Judicial  
Tribunal Superior del Distrito Judicial  
Bogotá D. C.  
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE HELGA PATRICIA PEÑA CASTIBLANCO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, Y ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de julio 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 **HELGA PATRICIA PEÑA CASTIBLANCO**, se **declare** la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) efectuado a través de la AFP Invertir hoy Porvenir S.A., y posteriormente con la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. En consecuencia, se **ordene** a la AFP demandada retornar a Colpensiones todo lo recibido por motivo de su afiliación, tales como, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado; se **ordene** a Colpensiones recibirla en el RPM y mantenerla como afiliada sin solución de continuidad; se **condene** a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho, y se haga uso de las facultades ultra y extra petita.

**Como hechos fundamento de las pretensiones** (f.º 78-88 exp físico), señaló en síntesis, que entre el 26 de diciembre de 1984, y el 31 de enero de 1994, estuvo

afiliada al ISS, donde aportó 468 semanas; que en noviembre de 1994, cuando se encontraba laborando para la Corporación Trading Express S.A., los asesores de la AFP Invertir le presentaron el nuevo régimen pensional, asegurándole que el ISS se iba a liquidar y que perdería todas sus cotizaciones, que esa AFP tenía mayor rentabilidad que el ISS, y que, no le informó sobre los requisitos para acceder a una pensión, que podía retractarse de la afiliación y el lapso de tiempo en el cual lo podía hacer.

Narró, que en el mes de diciembre de 2002 cuando laborada para Rondas S.A., se trasladó a la AFP Horizonte hoy Porvenir, porque los asesores de esta le indicaron que allí tendría el interés más alto del mercado, sin explicarle cuales eran los requisitos en ese régimen para acceder a una pensión, y que no le realizaron comparativos en los dos regímenes pensionales; y que actualmente continúa cotizando a Porvenir S.A. donde ha acumulado 1099 semanas.

Indicó, que en agosto del año 2019, solicitó a la AFP Porvenir y a Colpensiones se declarara la nulidad del traslado del RPM al RAIS, pero que ambas entidades negaron lo peticionado; que Porvenir le realizó una simulación pensional informándole que a sus 57 años de edad se le reconocería una mesada pensional en el RAIS de \$1.439.800, mientras que en el RPM sería de \$3.091.075.

## CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

**COLPENSIONES** contestó (f.º 1-39 archivo 7 exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de vinculación al ISS y las semanas por ella aportadas, y que se presentó la petición en mención, la cual fue negada porque no era posible realizar la nulidad de traslado del RPM al RAIS; frente a los demás señaló que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones, las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, 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.

**La AFP Porvenir S.A.**, contestó (f.º 1-36 archivo 8 exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, a unos dijo que no le constaban por corresponder a otra entidad y a otros que no eran ciertos, aclarando

que la vinculación de la demandante al RAIS en 1994, se hizo de manera libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal como se dejó constancia en el formulario de vinculación, que la información suministrada fue clara, precisa, veraz y suficiente, pues se le puso de presente el funcionamiento, los requisitos para obtener el reconocimiento de la mesada pensional y las características del régimen de ahorro individual, de conformidad con el artículo 60 y siguientes de la ley 100 de 1993, de tal manera, que conoció las implicaciones del acto jurídico que estaba realizando.

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

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 18 de junio de 2021 (archivo 42-44 exp. digital), resolvió:

*PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por HELGA PATRICIA PEÑA CASTIBLANCO, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP INVERTIR hoy PORVENIR S.A., y como consecuencia de ello, se ordene a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos.*

*SEGUNDO: CONDENAR a las AFP PORVENIR S.A. a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión de la actora por los gastos de administración, conforme al tiempo que éste permaneció afiliado, tal como se advirtió en la parte motiva de esta sentencia.*

*TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a volver a afiliarse a HELGA PATRICIA PEÑA CASTIBLANCO al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a la sociedad administradora de pensiones y cesantías PORVENIR S.A.*

*CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada AFP PORVENIR S.A., por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$2.000.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas, sin costas a cargo de COLPENSIONES.*

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

El Juzgado de primera instancia, **basó su decisión fundamentalmente** en que como quiera que las pretensiones de la demanda se fundaron en una omisión al deber de información por parte de la AFP Invertir hoy Porvenir al momento de su traslado en

noviembre de 1994, el caso debía analizarse desde la óptica de la ineficacia y no de la nulidad.

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

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

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

Advirtió, que Porvenir S.A. no cumplió con su carga de demostrar que brindó una ilustración a la actora en los términos antes señalados para el año 1994, lo que conllevaba a la ineficacia del traslado al RAIS, que se realizó a través de la AFP Invertir.

## RECURSO DE APELACIÓN

**COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación argumentando que cada caso debe analizarse de manera particular, y que en ese, por ejemplo, la demandante había confesado que había recibido asesoría previa a la firma del formulario de afiliación, esto teniendo en cuenta la normatividad vigente a esa data.

Sostuvo, que a la fecha del traslado no era posible darle a la demandante una proyección de su pensión, porque ello induciría a error, dado que ella a la fecha ha cambiado de empleadores, de cargos, y por ende salarios, e incluso la situación en sus beneficiarios, por lo que resultaba imposible realizarle una proyección pensional en 1994.

Añadió, que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, según la cual el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; y que los años de permanencia en el RAIS ratificaron su deseo de pertenecer a ese régimen. Agregó que la declaratoria de ineficacia afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

La **AFP PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación argumentando que a la demandante se le brindó una información completa, clara y comprensible a la luz de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, no obstante, el *a quo* declaró la ineficacia con fundamento en el artículo 271 de la citada ley 100, norma que hablaba de quien impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de instituciones de la seguridad social, lo que suponía obrar con dolo, lo cual no estaba probado dentro del proceso.

Expuso, que el formulario de afiliación cumplía con lo estipulado en el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, pues en él se manifestó que el traslado se había hecho de forma libre y voluntaria, y por ello no debía ser condenada; además que si ese formulario no era prueba de la información entregada, no entiende entonces cual es la prueba que se le está exigiendo a la AFP, para acreditar la validez de la afiliación.

Expresó, que la accionante nunca presentó una queja o manifestó su inconformidad con el RAIS, que no es beneficiaria del régimen de transición y que se encuentra inmersa en la prohibición legal del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, según

la cual el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Señaló, frente a la condena de devolver los gastos de administración, que esa entidad realizó una excelente administración de los recursos, pues los rendimientos generados fueron incluso mayores a sus aportes; que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 autorizaba a las AFP a realizar ese descuento, mismo porcentaje que se descuenta en el RPM, por lo que estos no eran un emolumento que financiara la pensión de vejez, por tanto, prescribían conforme el artículo 488 del CST y 151 del CPTSS.

Finalmente, mencionó que en el concepto emitido por la Superfinanciera en el año 2020, se había establecido que lo único que se debía trasladar era el capital de la cuenta de ahorro individual, sin que fuera procedente la devolución de la prima previsional, ni los gastos de administración.

### **CONSIDERACIONES**

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

### **PROBLEMA JURÍDICO**

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

En el presente asunto no es materia de discusión que: *i)* la señora HELGA PATRICIA PEÑA CASTIBLANCO se afilió al ISS donde aportó desde el 26 de diciembre de 1984, hasta el 30 de noviembre de 1994, un total de 468 semanas (f.º 16-19 exp. Físico y 97 archivo 8 exp. Digital); *ii)* el **1º de noviembre de 1994** se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Invertir hoy Porvenir S.A. (f.º 73 archivo 8 exp. digital), el cual se hizo efectivo a partir del 1º

de diciembre del mismo año; y *iii*) que el 17 de diciembre de 2002 se trasladó entre fondos privados mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Horizonte hoy Porvenir S.A., el cual se hizo efectivo a partir del 1° de febrero de 2003 (f.º 74 archivo 8 exp. digital), AFP en la que se encuentra actualmente.

### **INEFICACIA DEL TRASLADO**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Conforme lo anterior, la AFP Invertir hoy Porvenir que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de

que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Invertir hoy Porvenir suscrito el 1° de noviembre de 1994, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

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

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

el mismo, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

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

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

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

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

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

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

Ahora, frente a la presunta confesión que realizó la demandante según lo señala la apoderada de Colpensiones, esta Sala, al revisar el interrogatorio de parte rendido por la actora encontró que para la data del traslado –noviembre de 1994- se presentó un asesor de Invertir en su lugar de trabajo, que se coordinó por medio de recursos humanos una reunión donde asistieron aproximadamente 10 personas, en donde este le indicó que el ISS se iba a acabar y que si no se incorporaban al nuevo régimen, perderían las cotizaciones realizadas a esa entidad; que no le indicaron nada más, y que ante el miedo a perder los casi 9 años de aportes, firmó el traslado a Invertir y que por ello le dieron un obsequio.

De lo anterior, no observa esta Colegiatura una confesión en los términos del artículo 191 del CGP, esto es, que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria, como quiera que a la demandante no le informaron absolutamente nada respecto del RAIS y mucho menos del RPM, pues recuérdese que era obligación de la AFP Invertir ilustrar a la demandante justo antes de que firmara el formulario de traslado de régimen pensional acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada modelo pensional, pues era su deber o su obligación dar a conocer toda la verdad objetiva de los dos regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro, circunstancias que Porvenir S.A. debía probar en este proceso y no lo hizo.

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, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de

Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

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

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

## **PRESCRIPCIÓN**

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

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

## **COSTAS**

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

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

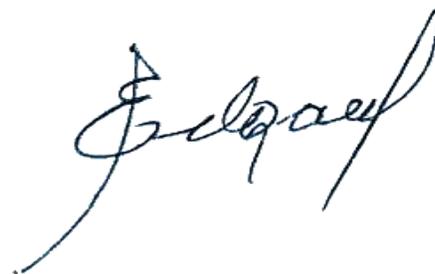
**RESUELVE:**

**PRIMERO: ADICIONAR NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a pagar con su propio patrimonio y trasladar a Colpensiones, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia apelada.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado Ponente



**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, la suma de \$1.000.000 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 DE CAMPO ELÍAS SABOGAL MORA  
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES  
COLPENSIONES, Y ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y  
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de julio 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 **CAMPO ELÍAS SABOGAL MORA** se **declare** la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), realizado a través de la AFP Porvenir S.A., por el incumplimiento a su deber legal de información y asesoría. En consecuencia, 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; se **ordene** a Colpensiones activar su afiliación al RPM como si nunca se hubiese trasladado de régimen, y a actualizar su historia laboral; y se **condene** a las demandadas ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

**Como hechos fundamento de las pretensiones** (f.º 42-59 archivo 1 exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 17 de enero de 1960; que se afilió al ISS en 1980 en donde aportó 69 semanas; que el 18 de septiembre de 1998 se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario con la AFP Porvenir, momento en el cual se encontraba laborando para el Departamento de Cundinamarca.

Narró, que al momento de su traslado al RAIS la AFP Porvenir no le informó: *i)* las implicaciones este tendría sobre sus derechos pensionales; *ii)* cuales eran los riesgos de cambiarse de régimen; *iii)* las diferencias entre ambos regímenes pensionales; *iv)* las ventajas, desventajas o inconvenientes del RAIS en su caso en particular; *v)* cuál de los dos regímenes le convenía más; *vi)* cuanto capital debía acumular en su cuenta de ahorro individual para poder adquirir una pensión en similar monto a la que obtendría en el RPM; *vii)* que de su aporte se destinaria un porcentaje al pago de primas de seguros, asesoría para contratar un renta vitalicia, financiar el fondo de solidaridad, y gastos de administración, ni como influiría esto en su mesada pensional; *viii)* nada sobre el bono pensional; *ix)* que su mesada se liquidaría teniendo en cuenta la expectativa de vida conjunta, de él como afiliado y de sus beneficiarios; *x)* sobre la tasa de reemplazo en comparación con el RPM; *xi)* las condiciones requerida en el RAIS para pensionarse o para hacerlo de forma anticipada; y *xii)* la influencia de la tasa de rentabilidad, la volatilidad en las rentabilidades del mercado financiero, la rentabilidad del capital, en relación con sus aportes y su influencia en su pensión.

Expuso, que solicitó ante Colpensiones y la AFP Porvenir tener como ilegal, nulo, inválido e ineficaz su traslado del RPM al RAIS, pero que dicha petición fue negada por ambas entidades; y que según la simulación pensional elaborada por la AFP su mesada pensional a los 63 años en el RAIS sería de \$781.242, mientras que en el RPM equivaldría a \$1.388.900.

## CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

**COLPENSIONES** contestó (f.º 73-89 archivo 1 exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, su afiliación al ISS y semanas a él aportadas, que se trasladó al RAIS, que presentó una petición y que la misma fue negada; frente a los demás señaló que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; inexistencia del derecho y de la obligación a cargo de Colpensiones, prescripción, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración de intereses moratorios e indexación, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la CN, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, compensación y la innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (f.º 139-161 archivo 1 exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, que se trasladó a ese fondo mediante la suscripción de formulario de afiliación el 18 de septiembre de 1998, data para la cual laboraba para el Departamento de Cundinamarca y que elevó petición la cual fue negada; frente a los demás expuso a unos que no le constaban por corresponder a otra entidad y a otros que no eran ciertos, y aclaró que al momento del traslado de régimen pensional, al demandante se le brindó la información suficiente para generar una decisión libre y voluntaria a fin de elegir la opción que mejor se ajustara a sus intereses, explicándole las características, ventajas y desventajas del RAIS en comparación con las condiciones propias del RPM.

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

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 4 de marzo de 2021 (archivo 8 exp. digital), resolvió:

**PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado efectuado por el señor CAMPO ELÍAS SABOGAL MORA, del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, que se hizo efectivo el 1º de noviembre de 1998 con la AFP PORVENIR S.A.

**SEGUNDO: 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 de la cuenta de ahorro individual del demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por mesadas, gastos de administración o cualquier otra.

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

**CUARTO: CONDENAR** en COSTAS a PORVENIR S.A. Liquídense con la suma de \$900.000 como agencias en derecho.

El Juzgado de primera instancia, **basó su decisión fundamentalmente** en que se encontraba probado que el demandante se trasladó al RAIS el 18 de septiembre de 1998 a través de la AFP Porvenir donde permanece hasta hoy. Indicó que desde la Ley 100 de 1993 se estableció en cabeza de las administradoras de pensiones la obligación de que cada afiliado escogiera de manera libre y voluntaria entre los dos regímenes pensionales, lo que implicaba un pleno conocimiento por parte del afiliado entre uno y otro régimen.

Señaló, que la omisión del deber de información generaba la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo, y que situaciones como la re asesoría no tenían aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información que se presentó al momento del traslado de régimen, porque la oportunidad para brindar la información era al momento del traslado y no con posterioridad a esa data, y por ende, no podía entenderse saneada irregularidad alguna por el paso del tiempo o de la ratificación que se hubiese hecho con alguna situación dentro de esta vinculación con el RAIS. Agregó que la firma del formulario de afiliación no es suficiente para verificar cual fue la información recibida y que ello no eximía a las AFP del deber de demostrar o allegar las pruebas que sustentaran esa información.

La *a quo* haciendo referencia a la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral relacionadas con la ineficacia del traslado, indicó que para considerar que el traslado estuvo precedido de la voluntad del afiliado se requería que la AFP le hubiese suministrado información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional.

Advirtió, que en el plenario no se había acreditado que el demandante hubiese recibido por parte de la AFP información relacionada con las ventajas y desventajas que conllevaba el cambio de régimen pensional, ya que, el único medio de prueba allegado para la fecha del traslado era el formulario de afiliación, el cual como ya había indicado con él no se probaba que Porvenir S.A., le hubiese suministrado una información clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado al RAIS, y que del interrogatorio de parte rendido por el actor tampoco se extraía confesión alguna en ese sentido, lo que constituía una omisión a su deber de información y que conllevaba a declarar la ineficacia del traslado realizado al RAIS por intermedio de Porvenir S.A.

## RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, argumentando que, al actor se le entregó de manera verbal la información necesaria para su vinculación con esa AFP, y que para esa data no existía obligación legal de dejar documentada la asesoría brindada, lo único que se exigía era el formulario de afiliación, el cual si era prueba suficiente de la voluntad del afiliado de

pertenecer al RAIS, por lo que no se le podía imponer la carga de allegar documentos diferentes a ese formulario.

Sostuvo, que Porvenir Cumplió con las obligaciones establecidas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 el cual consagraba un deber de información diferente al que se estableció en el Decreto 2061 de 2015. Y también cumplió con todas las obligaciones legales y de carácter reglamentario.

Indicó, que el actor pretende la ineficacia de su afiliación por razón de orden económico, ya que se encuentra cerca a cumplir la edad para la pensión, lo que no es causal de ineficacia, máxime que cada régimen pensional tiene sus propias características.

Refirió, que el traslado de régimen se dio en septiembre de 1998 y que conforme los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS se encontraba prescripta la acción para verificar si el acto del traslado era ineficaz.

Finalmente, mencionó frente a los gastos de administración, que la consecuencia de la ineficacia es volver las cosas a su estado anterior como si el actor nunca hubiese estado vinculado al RAIS, por ende, no habría lugar a devolver los rendimientos financieros que se generaron durante todos esos años. Agregó que esos descuentos se realizaron por ministerio de la Ley, y que devolverlos constituiría un detrimento a su patrimonio y un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones.

**COLPENSIONES** sustentó su recurso de apelación en que la afiliación del demandado al RAIS es eficaz y produce efectos plenos como quiera se le entregó la información sobre características del RAIS. Agregó que en este caso no se probó ningún vicio en el consentimiento, como lo son error, fuerza o dolo, pues de hecho con el formulario de afiliación se aceptó la vinculación de manera libre y sin presión alguna a ese régimen pensional, lo que también se ratificó con la permanencia del actor allí por largo tiempo.

Expuso, que el deber de información y buen consejo para las AFP nació con la expedición de la Ley 1748 de 2014, por tanto, para la data del traslado la AFP Porvenir no tenía en su cabeza la obligación de entregar información en los términos requeridos.

Advirtió, que el actor no era beneficiario del régimen de transición y por ello no había lugar a que regresara al RPM; además que se encuentra inmerso en la

prohibición legal de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Y finalmente realizó mención a la afectación al principio de la sostenibilidad financiera con el regreso del actor al RPM, porque ello aumentaría el pasivo pensional, ya que, para financiar la pensión deben tenerse en cuenta los aportes del actor más un subsidio del Estado.

## CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver los recursos de apelación presentados por Porvenir S.A., y Colpensiones y, de igual forma, en el grado jurisdiccional de consulta respecto de esta última en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

## PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión que: *i)* el señor CAMPO ELÍAS SABOGAL MORA se afilió al ISS donde aportó desde el 25 de febrero de 1980 al 1° de diciembre de 1982 la suma de 69,43 semanas (f.° 90-93 archivo 1 exp. digital); y *ii)* que el **18 de septiembre de 1998** se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Porvenir donde ha venido cotizando hasta la fecha (f.° 162-165 archivo 1 exp. digital).

## INEFICACIA DEL TRASLADO

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

consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

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

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

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz*

ese tránsito» (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

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

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

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

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

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de

doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –18 de septiembre de 1998-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

La AFP Porvenir aportó al expediente el formulario de solicitud de afiliación y traslado suscrito el 18 de septiembre de 1998, del cual solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que 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.

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

Debe hacerse claridad además en que, si bien el actor plantea en uno de los hechos de la demandada que su mesada pensional en el RAIS es inferior la que hubiese obtenido en el RPM, lo cierto es que, ello de ninguna manera desvirtúa o

subsana la omisión de la AFP en su deber de información a la data de su traslado, pues la validez de dicho acto jurídico depende del consentimiento informado, es decir, de que la AFP hubiese atendido estrictamente o no su deber de información según el momento histórico en que debía cumplirse, supuesto en el que resulta inane si la mesada pensional presenta una presunta diferencia en su cuantía.

De otro lado, ese órgano de cierre, también ha advertido que para la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional, ni la línea jurisprudencial que esa Corporación ha desarrollado, ni 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»* (CSJ SL1565-2022, que reiteró la CSJ SL3719-2021 y CSJ SL5595-2021).

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

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

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

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

*Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, 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, 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. el traslado a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que la *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta del demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

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

## **PRESCRIPCIÓN**

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

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

## **COSTAS**

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

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

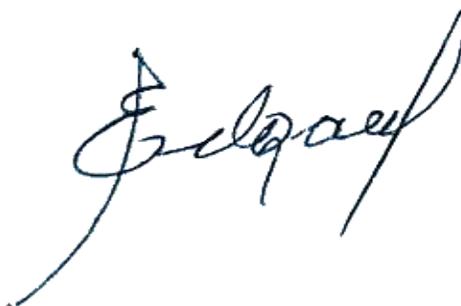
**RESUELVE:**

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación del demandante CAMPO ELÍAS SABOGAL MORA, 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 AFP PORVENIR S.A.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
**Magistrado Ponente**



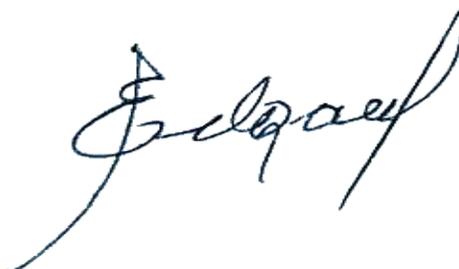
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
**Magistrada**



**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., 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 DE LUZ STELLA SIERRA DE ARANGO  
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES  
COLPENSIONES, Y ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y  
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de julio 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 **LUZ STELLA SIERRA DE ARANGO** se **declare** nulo e ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), realizado a través de la AFP Santander hoy Protección S.A., porque no le brindó información suficiente, clara, precisa y exacta sobre los beneficios y desventajas de abandonar el RPM. En consecuencia, se **condene** a la AFP Protección S.A., a trasladar a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es, con los rendimientos financieros que se hubiesen causado; se **ordene** a Colpensiones activar su afiliación al RPM sin solución de continuidad; y se **condene** a las demandadas ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

**Como hechos fundamento de las pretensiones** (f.º 3-14 archivo 1 exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 9 de junio de 1955; que se afilió al ISS el 18

de agosto de 1980; que el 13 de marzo del 2000 se vinculó como trabajadora del Banco Santander Colombia S.A., quien tenía como unidad de negocio la AFP Santander, a la cual se trasladó el 23 de mayo del 2000 por imposición de su empleador, quien le indicó que por lealtad y colaboración con el Banco debía apoyarlo con su traslado a esa AFP; que la asesora de la AFP Santander hoy Protección, le ofreció como beneficio la posibilidad de pensionarse anticipadamente con una mejor mesada pensional, le indicó que sus aportes serían manejados por expertos financieros para obtener grandes ganancias sobre el capital ahorrado, y le informó que el ISS no podría reconocerle una pensión debido a su desgüeño administrativo, su ineficacia y déficit.

Expuso, que la AFP Santander no le dio una información clara, precisa y oportuna sobre los beneficios y desventajas de trasladarse a los fondos privados, máxime que ella contaba con casi 1.000 semanas cotizadas al RPM y una expectativa pensional mucho más favorable en ese régimen; que no le permitió elegir la mejor opción del mercado a través de elementos de juicio claros y objetivos mediante una asesoría idónea; que no le explicó cuál era el capital mínimo para pensionarse, ni que el bono pensional solo podía redimirse una vez alcanzada una determinada edad.

Narró, que la AFP le realizó una simulación pensional informándole que su mesada para el año 2019 en el RAIS sería de \$1.721.999 mientras que en el RPM equivaldría a \$9.535.522; que radicó ante Colpensiones reclamación administrativa, pero que esa entidad negó las peticiones.

## **CONTESTACIONES DE LA DEMANDA**

**COLPENSIONES** contestó (f.º 3-27 archivo 5 exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su afiliación al ISS, que presentó reclamación administrativa y que la misma fue negada; frente a los demás señaló que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la CN), buena fe, cobro de no lo debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó (f.º 3-24 archivo 4 exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora, que se trasladó al RAIS a través de la AFP Santander hoy Protección el 23 de mayo del 2000, y que allí ha permanecido hasta la fecha, y que le realizó una simulación pensional; frente a los demás, expuso a unos que no le constaban por corresponder a otra entidad y a otros que no eran ciertos, y aclaró que sus asesores son capacitados permanentemente y cuentan con el conocimiento técnico y la lealtad moral suficiente para orientar a los posibles afiliados y en ese sentido, el asesor le brindó en debida forma a la actora información respecto a todo el sistema general de pensiones Colombiano, donde se le explicaron las características del RAIS y del RPM, las diferencias entre ambos, la forma de adquirir una pensión en uno y otro, las consecuencias del traslado y todos los aspectos necesarios para que la misma pudiera tener claridad respecto a su panorama pensional, esto con el fin de que pudiera tomar libremente la decisión de vincularse o no a ese régimen.

Formuló las excepciones de Inexistencia de la Obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 13 de mayo de 2021 (archivo 15-16 exp. digital), resolvió:

**PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado de régimen pensional realizó la demandante **LUZ STELLA SIERRA DE ARANGO** del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA administrado por el ISS al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **SANTANDER** hoy **PROTECCIÓN S.A.**

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

**TERCERO: ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** reintegrar a **COLPENSIONES**, de su propio patrimonio y debidamente indexados los deterioros sufridos por los recursos administrados a la actora, incluidos gastos de administración y primas de seguros.

**CUARTO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que acepte a la actora en el régimen de prima media con prestación definida, reactive su afiliación al RPM sin solución de continuidad y corrija su historia laboral conforme los dineros trasladados por PROTECCIONES.A.

**QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

El Juzgado de primera instancia, **basó su decisión fundamentalmente** en que conforme el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 la elección de cualquiera de los regímenes pensionales debía ser absolutamente libre y voluntaria, lo que exigía a voces de la jurisprudencia que no se podía brindar cualquier tipo de asesoría, sino únicamente aquella que permitiera lo que se ha denominado la voluntad informada, cuya infracción conlleva a la ineficacia de la afiliación conforme el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Expuso, que el deber de información no se puede limitar a la manifestación pura y simple de querer pertenecer a un régimen pensional, sino que para poder tomar esa decisión se requiere de una ilustración completa, diáfana comprensible sobre las consecuencias, no solo las positivas sino también las adversas que esa decisión puede acarrear en el futuro pensional.

Explicó, que la omisión en el deber de información que se le endilga a la demandada no tiene relación alguna con haber ejercido una fuerza sobre la afiliada, o haberla obligado a que firmara el formulario, sino que precisamente habiendo ella tomado una decisión voluntaria, la AFP Santander hoy Protección le hubiese suministrado la información suficiente para comprender la importancia de su decisión.

Indicó, que las AFP desde su fundación ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales, pues solo así era posible adquirir un juicio claro y objetivo de las mejores opciones del mercado.

Advirtió, que en este caso la demandante alegó en su demandada que, a la fecha del traslado, 23 de mayo del 2000, la AFP Santander no le brindó la información debida, lo que correspondía a un supuesto negativo que no podía demostrarse materialmente por quien lo invocó, por lo que conforme el artículo 167 del CGP, le correspondía a la AFP Santander hoy Protección acreditar el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró a esa data la asesoría en forma correcta.

Finalmente, señaló que la AFP Protección no allegó al expediente prueba alguna de que cumplió con ese deber de información, por lo que concluyó que este incumplió de manera injustificada ese deber legal, sin que pueda tenerse este como acreditado con la simple suscripción del formulario de afiliación, porque este no tiene la facultad de acreditar la información suministrada a la demandante justo antes de su firma. En consecuencia, declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

La **AFP PROTECCIÓN S.A.**, interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia de manera parcial, puntualmente en lo que tiene que ver con el reintegro de su propio patrimonio de los gastos de administración, seguros y reaseguros.

Sostuvo, que los gastos de administración ya fueron causados, y que estos se descontaron de acuerdo con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, para la administración de la cuenta de ahorro individual de la demandante tal como ocurre con cualquier entidad financiera. Agregó que devolver estos, más los rendimientos causados constituía un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, primero por recibir los gastos de administración, los cuales no están destinados a financiar la prestación económica de vejez, y segundo, porque estaría recibiendo un capital -los rendimientos- por un dinero que nunca administró, pues son producto de la buena gestión que hizo Protección, debiendo conservarlos por virtud de las restituciones mutuas.

Indicó, frente al seguro previsional, que ese dinero fue pagado mes a mes a una aseguradora para que, en caso de existir el siniestro de invalidez o muerte, dicha compañía pagara la suma adicional con el fin de financiar la pensión a que hubiere lugar, por lo que se encuentra imposibilitada para solicitar la devolución de esas sumas para trasladárselas a Colpensiones, máxime que la aseguradora es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver en el traslado de régimen pensional.

Expuso, que respecto del 3% que se descontó para financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, operaba la prescripción como quiera que eran conceptos que se iban descontando en la misma periodicidad que impone la ley, y no financiaban directamente la prestación de vejez.

**COLPENSIONES** sustentó su recurso de apelación en que para la fecha en que efectuó el traslado de régimen pensional, mayo del 2000, las AFP no tenían la obligación de efectuar una doble asesoría porque este deber nació con la expedición de la Resolución 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, por ende, no se le podía exigir a las AFP el cumplimiento de este.

Sostuvo, que con la firma del formulario de afiliación a Santander S.A., se dejó plena constancia de que la demandante eligió pertenecer al RAIS de manera libre y voluntaria, ya que ella era capaz y además tenía una condición intelectual específica, de lo que concluye que el deber de información quedó acreditado al momento del traslado con ese formulario.

Estimó, que la demandante ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS con el paso del tiempo, y que fue ella quien incumplió su deber de informarse y asesorarse sobre su futuro pensional, pues no se acercó a Colpensiones teniendo la facilidad de hacerlo a preguntar por el RPM. Agregó que en este caso se debe aplicar la prohibición del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 con el fin de evitar la descapitalización del sistema pensional.

## CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver los recursos de apelación presentados por Protección S.A., y Colpensiones y, de igual forma, en el grado jurisdiccional de consulta respecto de esta última en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

## PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Protección, 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 LUZ STELLA SIERRA DE ARANGO nació el 9 de junio de 1955; *ii)* que se afilió al ISS donde aportó desde el 18 de agosto de 1980 hasta el 30 de junio del 2000 la suma de 929,96 semanas (f.º 17-20 archivo 1 exp. digital); y *iii)* que el **23 de mayo del 2000** se trasladó al RAIS

mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Santander hoy Protección, el cual se hizo efectivo a partir del 1° de julio de ese mismo año, AFP donde ha venido cotizando hasta la fecha (f.° 33-35 archivo 4 exp. digital).

### **INEFICACIA DEL TRASLADO**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –23 de mayo del 2000-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «libre y voluntariamente» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Y es que en este caso en particular la AFP debía cumplir con mayor estrictez el deber de información, pues la demandante era beneficiaria del régimen de transición en razón a su edad, ya que, al 1º de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad, y a la data del traslado de régimen (23/05/2000) tenía cotizadas al RPM 929,96 semanas, es decir, un poco más de 18 años, lo que imponía un mayor cuidado y

diligencia en la información brindada, la que debía guardar la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, lo que trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, pues se trataba del cambio de régimen de una persona que tenía una evidente expectativa legítima en el RPM.

La AFP Protección aportó al expediente el formulario de solicitud de afiliación y traslado suscrito el 23 de mayo del 2000, 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.

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

Debe hacerse claridad además en que, si bien la actora plantea en uno de los hechos de la demandada que su mesada pensional en el RAIS es inferior la que hubiese obtenido en el RPM, lo cierto es que, ello de ninguna manera desvirtúa o subsana la omisión de la AFP en su deber de información a la data de su traslado, pues la validez de dicho acto jurídico depende del consentimiento informado, es decir, de que la AFP hubiese atendido estrictamente o no su deber de información según el

momento histórico en que debía cumplirse, supuesto en el que resulta inane si la mesada pensional presenta una presunta diferencia en su cuantía.

De otro lado, ese órgano de cierre, también ha advertido que para la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional, ni la línea jurisprudencial que esa Corporación ha desarrollado, ni 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»* (CSJ SL1565-2022, que reiteró la CSJ SL3719-2021 y CSJ SL5595-2021).

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

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

la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

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

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

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

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

### **PRESCRIPCIÓN**

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

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

### **COSTAS**

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES, y AFP 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,

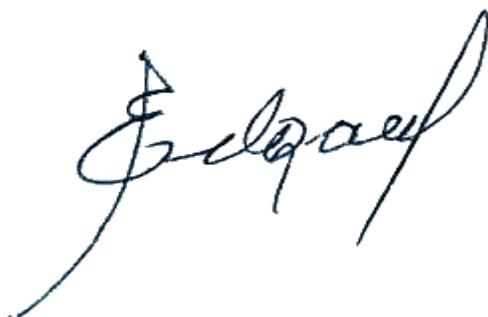
**RESUELVE:**

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación de la demandante LUZ STELLA SIERRA DE ARANGO, 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 y consultada.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
**Magistrado Ponente**



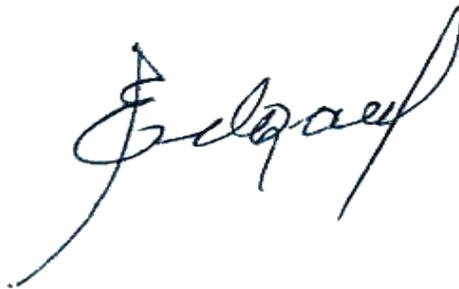
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**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., 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 DE GUSTAVO DE JESÚS OSORIO ESPITIA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de julio 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 **GUSTAVO DE JESÚS OSORIO ESPITIA**, se declare la «*anulación por ineficacia*» del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a través de la AFP Porvenir S.A., por omisión al deber profesional de información. En consecuencia, se **condene** a la AFP a devolver a Colpensiones todos los dineros que recibió por motivo de su afiliación, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubiesen causado conforme el artículo 1746 de C.C., los gastos de administración o cualquier otro, la disminución en el capital de la cuenta de ahorro individual debiéndolos asumir de su propio patrimonio; se **ordene** a Colpensiones recibirlo en el RPM como si nunca se hubiese ido de dicho régimen; y se **condene** en costas y agencias en derecho.

**Como hechos fundamento de las pretensiones** (f.º 233-265 archivo 01 PDF), señaló en síntesis, que se afilió al sistema de seguridad social en pensiones

a partir del 1° de marzo de 1988; que el 13 de abril de 1994 se trasladó al RAIS afiliándose a la AFP Porvenir S.A.; que el promotor de esa AFP solo se limitó a llenar un formato preestablecido para la afiliación, pero sin entregarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto a las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el RAIS versus las consecuencias negativas o específicas de abandonar el RPM, y sus implicaciones sobre los derechos que debía tener en cuenta para tomar la decisión del cambio del régimen de pensiones.

Narró, que la AFP Porvenir S.A., no le entregó proyecciones, ni comparativos de lo que sería el valor de la pensión en los dos regímenes; que no puso de presente la tabla de mortalidad de rentistas conforme la cual se liquidaba las pensiones y de la que dependía el valor de su mesada; que no le explicó que si quería pensionarse antes de la edad requerida o en forma anticipada debía negociar el bono pensional y esa situación traería como resultado la disminución del valor de su prestación; que no le indicó que si tenía cónyuge o compañero(a) permanente, o un hijo discapacitado o menor de edad al momento de liquidar su pensión la cuantía sería menor que en el RPM, porque esta se calcularía teniendo en cuenta la expectativa de vida conjunta tanto del afiliado como de sus beneficiarios; tampoco le informaron que tenía derecho a retractarse de la afiliación al RAIS; que no le dieron información suficiente y veraz para tomar la decisión de trasladarse al RAIS; y que los fondos privados entre ellos Porvenir S.A., con el objeto de obtener afiliaciones a ese régimen publicitaron información que faltaba a la verdad, u ocultaron la misma.

Expuso, que solicitó ante Colpensiones y la AFP Porvenir la anulación del traslado, pero que dicha petición fue negada por ambas entidades; y que realizadas las operaciones matemáticas de haber continuado aportando en el RPM le correspondería una mesada de \$1.784.399 mientras que en el RAIS sería de \$1.387.246.

## **POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA**

**COLPENSIONES** contestó (f.º 389-404 archivo 01 PDF), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó la vinculación al ISS, pero que esta fue a partir del 1° de marzo de 1985, que se trasladó al RAIS, y que agotó la reclamación administrativa. Formuló como excepciones de fondo, las de inexistencia del derecho y de la obligación; error de derecho no vicia el consentimiento; buena fe; prescripción; imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas; 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 315-344 archivo 01 PDF), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, señaló que el traslado de régimen pensional realizado por el demandante en el año 1994 estuvo precedido de una asesoría verbal la cual se ajustaba a lo contenido en el numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993; frente a los demás indicó que no le constaban.

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

### **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 24 de febrero de 2021 (archivos 12-13 PDF), resolvió:

**PRIMERO: ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda por el señor GUSTAVO DE JESUS OSORIO ESPITIA. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

**SEGUNDO: EXCEPCIONES.** Dadas las resultas del juicio el Despacho, se considera relevado del estudio de las excepciones propuestas.

Fundamentó su decisión, en que conforme lo señalado en el artículo 112 de la Ley 100 de 1993, las administradoras de fondos de pensiones no podían rechazar la afiliación de las personas que cumplieran con los requisitos para ser afiliados al RAIS, a excepción de las personas que se encontraban excluidas del RAIS según el artículo 61 de la Ley 100 de 1993, esto es, los pensionados por invalidez por el Instituto de Seguros Sociales o por cualquier fondo, caja o entidad del sector público, y las personas que al 1º de abril de 1994 tuvieran 55 años o más de edad, si son hombres, o 50 años o más de edad, si son mujeres, salvo que decidan cotizar por lo menos quinientas (500) semanas en el nuevo régimen, caso en el cual será obligatorio para el empleador efectuar los aportes correspondientes; advirtió que verificado el formulario de afiliación a la AFP Porvenir, a esa entidad no le era dable rechazar la afiliación porque hubiese incurrido en conductas de selección inversa que le hubiese acarreado sanciones de índole administrativo.

Afirmó, que conforme el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 13 de la misma norma, el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor a las sanciones allí previstas, destacándose que la afiliación quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Lo anterior, implicaba según el *a quo* que debía analizarse los vicios del consentimiento, esto es, el error, la fuerza y el dolo.

Refirió, que ni en la demanda ni en las pruebas obrantes en el proceso se evidenciaba la presencia al momento de la afiliación al RAIS, de una fuerza, de un error o de dolo por parte de la AFP, y que era carga de la prueba del demandante demostrar los mencionados vicios en el consentimiento.

Agregó, que aun en el caso de que el demandante no hubiese recibido información de ninguna naturaleza, su comportamiento, su proceder a lo largo de su historia laboral era consistente con su compromiso de pertenecer al RAIS y particularmente a la AFP Porvenir porque evidentemente desde 1994 y hasta el año 2008 más o menos no existió manifestación alguna que le permitiera al juzgador evidenciar un interés por parte del actor de retornar al RPM, denotando su conformidad con el régimen al cual se encontraba vinculado, para lo cual citó como fundamento la sentencia CSJ SL413-2018.

Concluyó, que incluso si se encontrara en presencia de una ineficacia de la afiliación en 1994, no podría desconocer que se produjo una afiliación tácita que se dio con ocasión del comportamiento del actor con posterioridad, explicó que no como un mecanismo de saneamiento de la ineficacia o de la nulidad, sino como un elemento propio de la afiliación tácita al régimen de pensiones al que ha decidido pertenecer.

## RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE**, interpuso recurso de apelación advirtiendo que la AFP Porvenir S.A., incumplió con el deber que le imponía el artículo 167 del CGP, pues no demostró haber brindado al demandante al momento de su afiliación y con posterioridad una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias de

cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera conocer los efectos que le traería trasladarse del RPM al RAIS.

Expuso, que la característica fundamental para que la selección de régimen sea válida, es que esta sea libre y voluntaria conforme el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, y según lo establecido en el artículo 114 de la misma norma, esta selección debe ser libre, espontánea y sin presiones, y que de acuerdo con el artículo 271 de la misma Ley cuando la afiliación no cumpla con esos requisitos, la misma quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Explicó, que desde su creación las AFP tenían la obligación de ofrecer a los usuarios servicios eficientes, eficaces y oportunos, brindando precisamente la información necesaria para tomar la decisión de afiliarse y permanecer en un régimen pensional, lo que implicaba conforme la amplia línea jurisprudencial (haciendo referencia a varias sentencias) de la Corte Suprema de Justicia ilustrar al afiliado de forma clara, precisa y oportuna sobre las características de ambos regímenes pensionales, así como las condiciones, consecuencias y riesgos del cambio de régimen, presupuestos que no se cumplieron en este puntual caso.

### CONSIDERACIONES

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 el demandante a través de la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS 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 GUSTAVO DE JESÚS OSORIO ESPITIA se afilió al ISS donde aportó desde el 1° de marzo de 1985 hasta el 30 de abril de 1994 la suma de 251,71 semanas (f.° 49-52 archivo 1 PDF); *ii)* que el **13 de abril de 1994** se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir el cual se hizo efectivo a partir del 1° de mayo de 1994 (f.° 56 Y 78 archivo 1 PDF), AFP en la que se encuentra actualmente.

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 el 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, tal como lo exigió el *a quo*, 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 precisamente en la sentencia CSJ SL1452-2019 citada por la *a quo* se señaló que 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).

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 el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –13 de abril 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 Porvenir tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Porvenir suscrito el 13 de abril de 1994, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que 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.

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

*consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Ahora, advierte esta Sala que la sentencia CSJ SL413-2018 utilizada por el *a quo* para fundar su decisión en actos de relacionamiento y de allí concluir que hubo una afiliación tácita, no resulta aplicable a los casos de ineficacia de traslado de régimen, pues los supuestos fácticos de esa providencia son diametralmente disímiles a los aquí planteados, en la medida que el tema de fondo allí estudiado fue si la afiliación a una administradora del sistema general de pensiones se **perfecciona** con el simple diligenciamiento, firma y tramitación del formulario de vinculación, o si, por el contrario, ese acto además requería de las cotizaciones que permitieran concretar la voluntad del afiliado, mientras que aquí se está verificando la **validez** del acto jurídico del traslado de régimen por virtud de que esa afiliación sea libre y voluntaria, esto es, poder tomar decisiones informadas.

Así, los actos u omisiones posteriores del afiliado, o los denominados actos de relacionamiento, 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 como el afiliado no retornó al RPM, era porque conocía a cabalidad las características del RAIS y que con ello demostraba su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

*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).*

[...]

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

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

Entonces, al no haber constancia de que 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**, máxime que como se explicó desde un principio, el hecho de que la actor hubiese indicado en uno de los hechos de su demanda que el monto de su pensión en el RAIS es inferior a la del RPM, de ninguna manera desvirtúa o subsana la omisión de la AFP en su deber de información a la data de su traslado, pues la validez de dicho acto jurídico depende del consentimiento informado, es decir, de que la AFP hubiese atendido estrictamente o no su deber de información según el momento histórico en que debía cumplirse, supuesto en el que resulta inane si la mesada pensional presenta una presunta diferencia en su cuantía.

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 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), por lo que se dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones.

Bajo el anterior contexto, se hace necesario **REVOCAR** la decisión de primera instancia para en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda en el sentido de declarar la ineficacia del traslado realizado por el demandante **GUSTAVO DE JESÚS OSORIO ESPITIA** el 13 de abril 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 aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad desde el 1° de mayo de 1994 y en adelante, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL1055-2022).

### **PRESCRIPCIÓN**

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

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

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

### **COSTAS**

Las de ambas instancias a cargo de las demandadas COLPENSIONES 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 Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, el 24 de febrero de 2021, para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor **GUSTAVO DE JESÚS OSORIO ESPITIA** al régimen de ahorro individual el 13 de abril 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**.

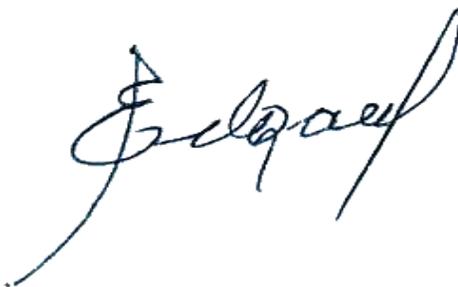
**SEGUNDO: CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES** y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad desde el 1° de mayo de 1994 y en adelante, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

**TERCERO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y 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



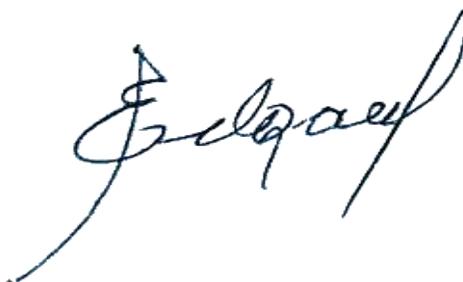
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**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.**, la suma de \$1.000.000, para cada una.



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado Ponente