

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 ROSALBA ÑUNGO CEPEDA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y AFP COLFONDOS S.A.

En Bogotá D. C. a los veintiún (21) días del mes de octubre 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 **ROSALBA ÑUNGO CEPEDA**, se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensiona; por lo tanto, se tenga para todos los efectos legales que siempre ha permanecido afiliada al régimen de prima media administrado por Colpensiones. En consecuencia, se ordene el traslado de los aportes realizados al RAIS al RPM, junto con los rendimientos y bono pensional; se condene a Colpensiones y a la AFP Colfondos a cancelar las costas, agencias en derecho y lo que resulte probado de manera ultra y extra petita (f° 4).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 4), señaló en síntesis, que nació el 3 de mayo de 1968; que cotizó en el RPM en el periodo comprendido entre el 23 de febrero de 1988, al 30 de abril de 1994, un total de 290 semanas; que el 19 de abril de 1994, se trasladó al RAIS a través de la AFP Colfondos, en donde ha cotizado 1.279 semanas de cotización, que al sumarse lo cotizado en el RPM tiene en total 1.569 semanas de cotización; que la decisión de trasladarse de régimen no fue una decisión informada, autónoma y consiente, ya que no se le brindó una información completa,

integral, veraz y transparente sobre las consecuencias del traslado y la forma en cómo afectaría su mesada pensional.

Agregó, que el 2 de agosto de 2018, radicó derecho de petición ante la AFP Colfondos en donde solicitó copia del formulario de afiliación, y que le suministraría información sobre las variables que se tiene en cuenta para determinar el valor de la mesada pensional y una proyección del valor que por ese concepto le correspondería en el RPM y en el RAIS; que la AFP le contestó señalándole que a los 57 años de edad no acreditaría el capital suficiente para acceder a la pensión de vejez en el RAIS, y que el RPM el valor de la mesada ascendería a la suma de \$1.484.000.

Sostuvo, que el 24 de agosto de 2018, radico derecho de petición ante Colpensiones solicitando la nulidad del traslado, contestándose por parte de dicha entidad que tal petición no era viable.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f° 96-112), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, manifestó ser cierto, la fecha nacimiento de la demandante, periodo cotizado ante dicha entidad, fecha de traslado al RAIS, semanas cotizadas en ambos regímenes, petición y respuesta. Respecto de los demás, dijo no constarle. Propuso como excepciones de fondo, 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 o genérica.

AFP COLFONDOS contestó (CD f° 118), allanándose a las pretensiones de la demanda.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 5 de octubre de 2021 (CD f° 19), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de la señora ROSALBA ÑUNGO CEPEDA identificada con C.C. No. 51.909.975 del régimen de prima con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. identificada con NIT. No. 800.149.496-2, realizado el día 19 de abril de 1994, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante ROSALBA ÑUNGO CEPEDA identificada con C.C. No. 51.909.975 al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, desde el 23 de febrero de 1988, hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada AFP COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. identificada con NIT. No. 800.149.496-2 a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora ROSALBA ÑUNGO CEPEDA identificada con C.C. No. 51.909.975, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados, intereses y comisiones, y sin descontar gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Fundamentó su decisión, haciendo referencia al deber de asesoría y buen consejo de los regímenes pensionales, sobre el deber que tienen las AFP de brindar una información completa a los posibles afiliados, necesidad del consentimiento informado, devolución de los gastos de administración e inversión de la carga de la prueba, trayendo a colación jurisprudencia relacionada con el tema.

Paso seguido, hizo un relato de la declaración rendida por la demandante en interrogatorio de parte; sostuvo que la demandada AFP Colfondos se había allanado a las pretensiones de la demanda, por lo que había asumido el hecho de que no brindó a la demandante una información veraz sobre las ventajas y desventajas del traslado de régimen pensional, ni de los requisitos para acceder a una pensión de vejez en el RPM; que teniendo en cuenta lo mencionado por la parte actora, se encontraba demostrado que había recibido una falsa información, generándole una falsa expectativa; concluyendo ello, la sentenciadora que debía declararse la ineficacia de traslado de régimen pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, arguyendo que la misma se basó en la falta de deber de información por parte de la AFP Colfondos, cuando para el momento del traslado de régimen la

manifestación libre y voluntaria se manifestaba a través del formulario de afiliación, aportándose al expediente el mismo, el cual se encuentra firmado por la demandante.

De otro lado, manifestó que Colpensiones no participó en el trámite y es quien tiene que afrontar una posible carga prestacional a favor de la demandante, sin que se tuviera en cuenta el principio de la relatividad jurídica entorno a que dicha entidad es un tercero; por lo tanto, esos actos jurídicos solo tiene efectos *inter partes*, por lo que sus consecuencias solo deben afectar a las partes involucradas, no debiendo ser favorecida y mucho menos perjudicada de ese contrato que se celebró en abril de 1994, entre la demandante y la AFP Colfondos.

Refirió, que las modalidades y características del RAIS están consignadas en el artículo 59 y siguientes de la Ley 100 de 1993, norma de alcance nacional que impone su conocimiento a todos los ciudadanos a partir de su promulgación, por lo que no es dable alegar esa ignorancia y atribuirle a la AFP que de no brindó una información adecuada al momento del traslado de régimen pensional. Adicionalmente, la demandante a pertenecido al RAIS por más de 25 años, resultando Colpensiones lesionada con la decisión de primera instancia, lo cual afecta el equilibrio de sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 del Constitución Política, adicionada por el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005; que debe tenerse en cuenta que el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, hace esa prohibición expresa de que el afiliado no se podrá trasladar de régimen cuando le falten 10 años o menos años para tener el cumplimiento de la edad mínima para obtener la pensión de vejez, siendo el propósito del legislador establecer con esa prohibición la de proteger el fondo común con el que la entidad paga las pensiones de quienes cumplen los requisitos en el RPM.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta, 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 Colfondos S.A. es ineficaz por falta de información,

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

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos: *i)* que la señora ROSALBA ÑUNGO CEPEDA se afilió al ISS donde aportó desde el 23 de febrero de 1988, al 30 de abril de 1994, un total de 290,71 semanas de cotización (f° CD f° 149); y *ii)* que el **19 de abril de 1994**, suscribió formulario de traslado al RAIS con la AFP Colfondos S.A. (f° 58), entidad en cual se encuentra vinculada 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 como lo pretende Colpensiones, 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.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**19 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, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Se aportó al expediente formulario de solicitud de afiliación y traslado suscrito con la AFP Colfondos del **19 de abril de 1994**, 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.

Frente a lo cual, 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 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.

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

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

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

preeminencia frente al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4426-2019).

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

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

Entonces, al no haber constancia de que Colfondos 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; aunado a que como bien lo mencionó la *a quo* se allanó a las pretensiones de la demanda trae como consecuencia que el mismo sea declarado como **ineficaz**; tal y como se tuvo en cuenta en la decisión de primer grado.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia**, que deben devolverse 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, todo ello no fue ordenado por la 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 COLFONDOS S.A. el traslado a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de ella, las cotizaciones recibidas en su integridad con motivo de la afiliación de la señora ROSALBA ÑUNGO CEPEDA, 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 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). Lo cual tampoco resulta respecto de los gastos de administración y sumas adicionales.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

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

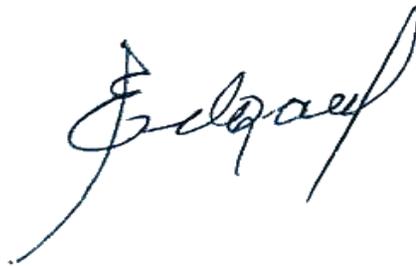
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal tercero de la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., únicamente en el sentido de **CONDENAR** a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de ella, 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 de permanencia del demandante. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

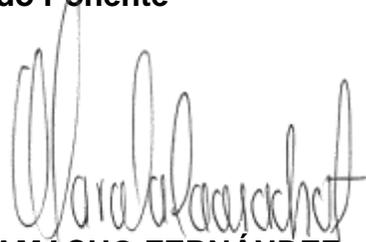
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo Colpensiones.

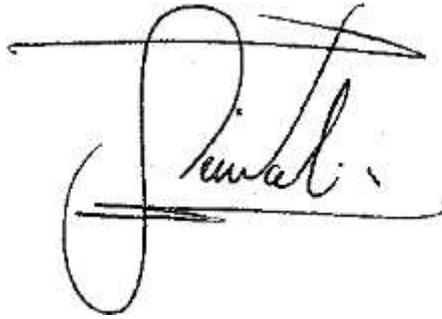
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



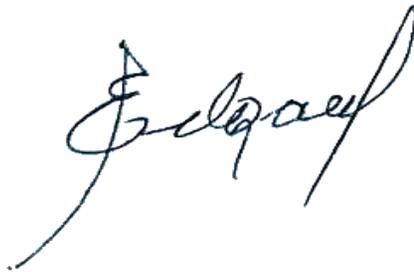
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones, en la suma de \$1.000.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial****Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARICEL SIERRA
CHAMUCERO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES COLPENSIONES, AFP PROTECCIÓN S.A. Y AFP OLD MUTUAL**

En Bogotá D. C. a los veintiún (21) días del mes de octubre 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 **MARICEL SIERRA CHAMUCERO** pretende de manera principal, se declare la nulidad o ineficacia según se demuestre de la afiliación al RAIS; o de manera subsidiaria, se declare inexistente el acto por medio del cual se afilió al RAIS. En consecuencia, de lo anterior, se declare que puede elegir afiliarse al RPM, advirtiéndose que no existió solución de continuidad en la afiliación; se ordene a las entidades demandadas la devolución a Colpensiones de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de las administradoras; se ordene a Colpensiones activar la afiliación considerando que para todos los efectos legales siempre ha estado vinculado en el RPM, recibir los aportes y rendimientos devueltos por las entidades demandadas, y finalmente, actualizar y corregir la historia laboral y ponerla a su disposición; se condene a las demandadas al pago de perjuicios morales causados, los cuales estima en la suma de 200 SMLMV, o la suma que se estime; y por último, se condene en costas (Expediente Digital – cuaderno 001).

Como hechos fundamento de las pretensiones (Expediente Digital – cuaderno 001), señaló en síntesis, que nació el 31 de diciembre de 1958; que para el 28 de julio de 1998, no recibió información técnica y adecuada al momento de suscribir el formulario de afiliación con Colmena hoy Protección S.A.; que igualmente, para el 27 de abril de 2004, no recibió información técnica y adecuada con Skandia S.A. hoy Old Mutual.

Arguyó, que se afilió a dichos fondos por considerar que en el RAIS le era mucho más beneficioso; que al momento en que empezó a funcionar las AFP privadas, empezaron a ejercer publicidad muy agresiva por diferentes medios de comunicación personal y mediante visitas personales; que los asesores de las entidades demandadas no contaban con título, ni formación profesional, o capacitación adecuada alguna, que le permitiera suministrar información completa, veraz y suficiente para tomar la decisión de trasladarse; que nunca le informaron sobre los riesgos que acarrearía su decisión, tampoco le dijeron que la mesada pensional podría ser menor que en el RPM, tampoco que la modalidad de la pensión dependía de la modalidad que escogiera; entre otros elementos importantes.

adujo, que la AFP Old Mutual le realizó una proyección pensional en la se obtiene como mesada pensional la suma de \$917.000; que los días 28 de junio y 3 de julio de 2019, presentó solicitud para que se aceptará la nulidad de afiliación ante las entidades demandadas; siendo dichas peticiones negadas.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (Exp. Digita- cuaderno 001-pág.109), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó fecha de nacimiento de la demandante, peticiones y respuesta; en relación a los demás, dijo no ser ciertos los numerales 2,19 y 2,27 y no constarle los demás.

Propuso como excepciones de mérito, las de falta de legitimación en la causa por pasiva, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, ratificación de la voluntad de pertenecer al RAIS, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, presunción de legalidad de los actos jurídicos, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución política, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, compensación, prescripción e innominada o genérica.

La **AFP OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A.** contestó (Exp. Digital – cuaderno 001- página 117), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó fecha de afiliación a dicha entidad, publicidad que realizaron los fondos privados una vez comenzaron a operar, petición y respuesta dada por la entidad; respecto de los demás hechos negó los numerales 9 a 16, 18, 19 y 27, y dijo no constarle los restantes.

En su defensa propuso como excepciones de fondo, las de no participación ni intervención en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares, ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** (Exp. Digital – cuaderno 001- página 244), contestó indicando ser cierta la fecha de nacimiento de la demandante, petición prestada por la actora y respuesta dada por la entidad; no ser ciertos los numerales 3, 6 a 16, 18 y 19; y no constarle los demás.

Propuso como excepciones de mérito, las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, beneficio definido siempre viene con un subsidio implícito ya que la mesada a pagar no corresponde al ahorro realizado, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 2 de agosto de 2021 (Exp. Digital – cuaderno 001- pág. 377), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por la señora **MARICEL SIERRA CHAMUCERO** a través de **COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A.**

SEGUNDO: *Dentro de los tres (3) meses siguientes a la ejecutoria de la presente sentencia, la demandada deberá manifestar su decisión de trasladarse. En caso de optar por trasladarse de régimen pensional, Colpensiones no podrá negarse a recibirla como su afiliada y SKANDÍA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., deberá trasladar a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos. En caso que la señora MARICEL SIERRA CHAMUCERO no opte por el traslado dentro de los 3 meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia se entenderá que su deseo fue mantenerse en el régimen de ahorro individual con solidaridad.*

TERCERO: *Sin COSTAS para las partes.*

El Juzgado, **basó su decisión fundamentalmente**, en que la carga de la prueba en este tipo de procesos está en cabeza de las AFP como se ha dicho jurisprudencialmente, quienes deben demostrar que suministraron información al afiliado al momento de su vinculación y durante su permanencia en ella; que en el caso de la señora MARICEL SIERRA, se tenía que se había afiliado al RAIS después de haber regresado al país en el año 1998; que a través del interrogatorio de parte se había podido comprobar el desconocimiento que tenía la demandante sobre el Sistema de Seguridad Social en Colombia, ya que no tenía cercanía a alguna persona que pudiera darle una asesoría sobre el tema; teniendo la AFP una carga mayor de información, toda vez que no se trataba de un contrato en donde estuviere en consideración una suma de dinero, sino que se estaba hablando de un producto que dependía la materialización de los derechos fundamentales de un ciudadano, lo cual se debía observar a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política.

Recalcó, que en el caso de marras no consistía en si operaba la nulidad o ineficacia de traslado, toda vez que la demandante no venía de ningún régimen; pero sí debía tenerse en cuenta que cuando se acogía como afiliada era deber de la AFP demostrar la información brindada; generando como consecuencia la de declararse la nulidad o ineficacia, es decir, que las cosas volvieran a su estado inicial antes de la afiliación, quedando desafiliada del régimen de pensiones, debiéndose inaplicar el término de traslado de 5 años establecido en el artículo 13, literal e) de la Ley 100 de 1993, quedando el ciudadano en la libertad de trasladarse de régimen pensional y afiliarse a Colpensiones, sin que dicha entidad pudiera negarse a su afiliación.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante**, interpuso recurso de apelación en relación a la absolución a la condena en costas procesales a cargo de las demandas, por cuanto el artículo 365 CGP aplicable en estos casos, establece una cláusula objetiva en virtud de la cual se condena en costas a la parte vencida dentro del proceso; sin

consideración a la intención, razonabilidad, la discusión llevada, al conflicto jurídico o a la conducta que se hubiere asumido en el trámite procesal, sino el hecho objetivo de haber sido vencido en juicio y de tener una condena en contra.

Colpensiones también interpuso recurso de apelación aduciendo que no es dable que se declare la nulidad del traslado de régimen, dado que la demandante nunca ha estado en el régimen de prima media y tampoco se puede desconocer la normatividad estipulada en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, esto es, que no se puede dejar de lado la permanencia mínima en este asunto de 5 años, y no habría razón a efectuar una nulidad de traslado de una persona que nunca ha estado vinculada y retrotraer las cosas a su estado original, lo cual vulneraría el principio de seguridad jurídica, porque la demandante no se tomó el atrevimiento de verificar su futuro pensional y solo se preocupó cuando ya estaba próxima a pensionarse; dejándose de lado la normatividad de alcance público.

Agregó, que la demandante en su vinculación inicial al RAIS lo hizo de manera válida, ratificando su decisión de permanecer a dicho régimen al trasladarse a Skandia, sin haber sido coaccionada a permanecer en dicho régimen, tampoco se le desconoció su derecho a la libre escogencia. En ese sentido, no habría fundamento jurídico para que se le diera un plazo prudencial para trasladarse de régimen, ya que no habría lugar a que se declare la nulidad. En cuanto a la falta de información, señaló que ese deber de información, no solamente recae en las AFP, sino también en la afiliada quien debió preocuparse sobre su futuro pensional.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, únicamente en lo que le fue desfavorable, de conformidad con el artículo 69 CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si hay lugar a declarar ineficaz o nula la afiliación que hizo la demandante a Colmena Pensiones y Cesantías hoy Protección S.A. el 28 de julio de 1998, 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 caso de prosperar lo anterior, se analizará si hay lugar a condena en costas en primera instancia.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora MARICEL SIERRA CHAMUCERO tuvo su afiliación inicial en el sistema general de pensiones con la AFP Colmena Pensiones y Cesantías hoy Protección S.A., el **28 de julio de 1998** (Exp. Digital – cuaderno 01-pág. 20); *ii)* que posteriormente, se trasladó a la AFP Skandia el 27 de abril de 2005 (Exp. Digital-cuaderno 001 -pág. 21), en donde se encuentra afiliada actualmente; y *iii)* que no tiene registro histórico en Colpensiones (Exp. Digital – cuaderno 001- pág. 21).

Selección inicial de régimen pensional

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

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

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

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

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

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

sanciones económicas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación (artículo 271 de la Ley 100 de 1993).

[...]

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

Deber de información por parte de las AFP

Se ha sostenido por parte de Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que son 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).

No obstante, tales exigencias se han considerado en los casos de **traslado de régimen pensional**, que no fue lo que surgió en el presente asunto, pues aquí lo que se llevó a cabo fue una vinculación inicial o por primera vez al sistema general de pensiones, de manera que no es dable retrotraer la situación de la afiliada al estado en que se hallaba antes de que hiciera aquella elección primigenia, como quiera que **no existe una situación jurídica anterior que modificar**, ya que no había existido afiliación al subsistema pensional, puesto que fue el **28 de julio de 1998**, cuando lo hizo por primera vez escogiendo el régimen de ahorro individual, de tal suerte que, si bien a la AFP Protección le era exigible el cumplimiento del deber de información, previo a la afiliación de la demandante, lo cierto es que no resulta atendible la declaratoria de ineficacia de dicho acto jurídico; por lo tanto, lo que podría invalidarse o declarar ineficaz es el traslado, más no la elección que por primera vez se hace al referido sistema. Así se dijo por la Sala de Casación laboral de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1806-2022, en la que sostuvo:

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

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

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

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

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

En tal sentido, no resultan dables los argumentos del *a quo* para «**DECLARAR LA NULIDAD** del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por la señora **MARICEL SIERRA CHAMUCERO**», puesto que este es un acto jurídico inexistente en el asunto bajo examen, pues se itera, lo que aconteció fue la afiliación o vinculación por primera vez al régimen de pensiones RAIS; tampoco es viable acudir a la figura de la ineficacia, que es la que se ha aplicado en los casos del incumplimiento del deber de información, por cuanto ella es propia en aquellos casos en que se da el traslado entre regímenes pensionales y se omite el deber de información, como quedó explicado en párrafos anteriores, mas no para la elección inicial.

En consideración a lo expuesto, no cabe duda que el sentenciador de primer grado se equivocó en declarar la «*nulidad*» del traslado de régimen pensional; por consiguiente, habrá de revocarse la decisión apelada y consultada, para en su lugar, absolver a las convocadas a juicio de las pretensiones incoadas en su contra.

COSTAS

Sin Costas en esta instancia como quiera que el recurso de alzada salió avante.

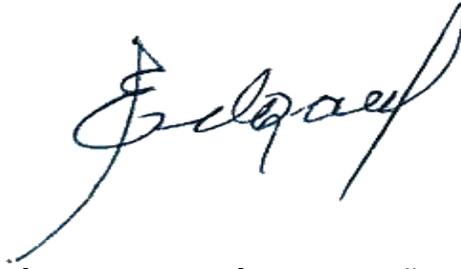
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá; en su lugar, **ABSOLVER** a Colpensiones y Skandia S.A., de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

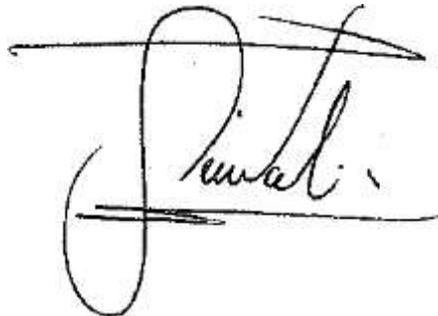
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada