

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 MARTHA LUCÍA ANZOLA MARTÍNEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, Y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) 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 sentencia.

AUTO

Se reconoce personería a ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con CC n.º 37.627.008 de Puente Nacional – Santander y TP n.º 221.228 del C.S. de la J, como apoderado sustituto de la firma ARANGO GARCÍA ASOCIADOS SAS, quien representa a Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido, previa comprobación de su calidad de abogada en la página del Registro Nacional de Abogados – SIRNA, de conformidad con el Decreto 806 de 2020. Se tiene por revocado el poder de sustitución otorgado al abogado LUIS ALEJANDRO TAPIAS QUINTERO.

SENTENCIA**ANTECEDENTES**

Pretende la señora MARTHA LUCÍA ANZOLA MARTÍNEZ, se deje sin efecto ni eficacia la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a través de la AFP Colfondos S.A., en consecuencia, se le **condene**

a devolver a Colpensiones el capital por ella ahorrado; y se **condene** a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 1 exp. digital), señaló en síntesis, que fue vinculada en agosto de 1999, con Colfondos S.A.; que no le informaron en forma clara las características de los fondos de pensiones, tanto el de ahorro individual como el de prima media con prestación definida, ni tampoco se detuvieron a explicar cómo liquidaría su pensión cuando cumpliera los requisitos para ello; que tampoco le realizaron un comparativo entre ambos regímenes pensionales. Agregó que el asesor de Colfondos se indicó que el RAIS era mucho mejor, porque le permitía pensionarse en forma anticipada, pero sin explicarle si era más beneficioso o no frente a la pensión que le correspondería en el RPM.

Expuso que Colfondos le proyectó una mesada pensional de un SMMLV, mientras que en el régimen de prima media (en adelante RPM) le hubiese correspondido una de \$3.674.000 aproximadamente; y que el 8 de octubre de 2019, solicitó a Colpensiones el traslado del RAIS al RPM.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó (archivo 9 exp. digital), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, solo aceptó la petición radicada por la actora; frente a los demás, manifestó que no le constaban por corresponder a un tercero. Formuló como excepciones de fondo, las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe, e innominada o genérica.

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS contestó (archivo 12 exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó únicamente que la demandante suscribió un formulario de vinculación con esa AFP; frente a los demás, manifestó a unos que no le constaban porque eran apreciaciones subjetivas del apoderado de la parte actora, y a otros que no eran ciertos.

Aclaró, que al momento de la afiliación el asesor le suministró información suficiente, completa y veraz, sin omitir la verdad, acerca de que el valor real de la

pensión sería determinado una vez se cumplieran los requisitos para acceder a la pensión y una vez la misma fuera solicitada ante Colfondos, pues esta se calculaba a partir de tres variables: i) la edad del posible pensionado y su grupo familiar determinando la expectativa de vida de los beneficiarios de la pensión; ii) el capital acumulado a la fecha del cálculo incluyendo aportes obligatorios y voluntarios, rendimientos y bono pensional si había lugar a él; y iii) la tasa de rentabilidad esperada a largo plazo del Fondo Especial de Retiro Programado; que le ofreció la posibilidad de optar por una pensión a la edad que escogiera, siempre y cuando contara con el capital suficiente que le permitiera financiar una pensión superior al 110% de un SMMLV; que en el evento de no cumplir con el capital requerido podría acceder a la figura de Garantía de Pensión Mínima de Vejez, siempre y cuando cumpliera con los requisitos de edad y semanas exigidos en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, y la opción de acceder a unos excedentes de libre disponibilidad y hacer aportes voluntarios, el factor de la herencia, entre otras ventajas.

Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 8 de noviembre de 2021 (archivos 30-31 exp. digital), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER de la totalidad de las pretensiones incoadas por la demandante MARTHA LUCIA ÁNZOLA MARTÍNEZ, a las demandadas Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones, y Colfondos Pensiones y Cesantías.

(...)

La *a quo*, empezó por afirmar que en el expediente obraba certificado SIAFP donde se leía que ella estaba afiliada al RAIS y que única y exclusivamente había pertenecido a ese régimen, puntualmente a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A. desde el año 1998, por lo que dejó claro que se estaba ante una única afiliación inicial de la demandante. En consecuencia, señaló que en este caso verificaría si se acreditaba el cumplimiento de los presupuestos establecidos para la validez de la afiliación de la promotora del litigio al sistema pensional, a través de Colfondos quien administra el RAIS.

Expuso que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecía que «la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior

es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley»; también citó textualmente el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, este último determinaba que los promotores de las AFP debían «*suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado*».

Señaló, que al revisar las documentales incorporadas al plenario, aparecía copia del formulario de afiliación de la actora a Colfondos, el que había sido diligenciado el 27 de agosto de 1998, y que al revisar su contenido se podía concluir que se ajustaba a la normatividad vigente que había citado.

Resaltó, que para que procediera la ineficacia de un acto jurídico este debía carecer de los presupuestos básicos, los que en este caso si estaban acreditados. Y que si lo que se pretendía era la nulidad del mencionado acto, la parte demandante debió probar falta de capacidad o de consentimiento, o que estábamos en presencia de un objeto o causa ilícita, **causales que no fueron alegadas ni probadas en este asunto**, seguidamente citó en extenso la sentencia CSJ SL5121-2020, en donde básicamente se sostuvo que el juez laboral no podía presumir los vicios en el consentimiento ni suponer su existencia, sino que estos debían estar suficientemente acreditados dentro del juicio.

Advirtió, que si en gracia de discusión se aceptara, que procedía la ineficacia o la nulidad del acto jurídico de la afiliación, no podía desconocerse que la actora nació el 21 de julio de 1964 por lo que a la fecha tenía más de 57 años de edad, es decir que ya tiene la edad para acceder al reconocimiento pensional, por lo que sus pretensiones iban en contra de los principios del sistema de seguridad social integral, puntualmente del de la sostenibilidad financiera del sistema.

Hizo referencia a la afiliación tácita y a los actos de relacionamiento, como la verdadera voluntad del afiliado de pertenecer a un régimen pensional, siendo indispensable en estos casos tener en cuenta los aportes al sistema, las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, estas son solo algunos actos de relacionamiento con la entidad que podían denotar el compromiso serio de pertenecer a ella. Así descendiendo al caso en concreto,

concluyó que la actora desde 1998 había realizado cotizaciones a Colfondos de manera continua e ininterrumpida, había recibido extractos de sus cotizaciones, y que nunca había presentado solicitud alguna ante Colfondos ni ante Colpensiones.

Argumentó, que no era viable declarar la ineficacia o nulidad de la afiliación al sistema general de pensiones de una persona que su afiliación inicial fue al RAIS, y que ahora que ya cumplió la edad mínima de pensión, pretende afiliarse a un régimen al cual nunca había pertenecido, con el agravante de que este ante el cumplimiento de los requisitos debería reconocerle la pensión de vejez.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE**, interpuso recurso de apelación afirmando que la *a quo* se equivocaba al afirmar que el formulario de afiliación tenía plenos efectos jurídicos, porque esa teoría fue revaluada por la Corte Suprema de Justicia en sus múltiples sentencias, al indicar que esa firma no es completamente una aceptación libre y voluntaria de pertenecer a ese régimen, porque estos son de adhesión y el afiliado no los puede modificar, imponiendo en cabeza de la AFP la obligación de demostrar que la decisión fue informada, en el sentido de que esa asesoría fue objetiva, necesaria y transparente acerca de las ventajas y desventajas de los dos regímenes pensionales.

Consideró que el juzgado trasladó la carga de la prueba a la parte demandante, en contravía de lo sostenido por la Corte Suprema. Agregó que las pretensiones de la demanda son la ineficacia de la afiliación y no la nulidad de esta, precisamente porque en la suscripción de formulario de la afiliación a Colfondos no se cumplió con el deber de información o asesoría objetiva para que la demandante pudiese haber tomado una decisión libre y espontánea.

Expuso, que de declararse la ineficacia del traslado no se afectaría la sostenibilidad financiera del sistema, porque cada Administradora de pensiones tiene reglada su forma de liquidar las pensiones.

Arguyo, que está probado que la actora no recibió la asesoría para poder tomar una decisión informada acerca de su futuro pensional; y que su inconformidad frente a la sentencia es que se habló de unos actos de relacionamiento que no son objeto de controversia, en vez de concentrarse en el cumplimiento o no del deber de información por parte de Colfondos al momento de la afiliación inicial.

Finalmente, señaló que no estaba de acuerdo con el argumento de que se negaban las pretensiones, porque la demandante ya tenía cumplida la edad de pensión, pues cuando se había presentado la demanda ello no era así, máxime que la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha sostenido que la ineficacia de la afiliación se puede solicitar en cualquier momento antes de pensionarse. Adicionó que para ella era más beneficioso pensionarse en el RPM que en el RAIS, por lo que solicita se aplique el principio de la condición más beneficiosa de rango constitucional.

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 hay lugar a declarar ineficaz o nula la afiliación que hizo la demandante a Colfondos Pensiones y Cesantías el 27 de agosto 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 el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora MARTHA LUCÍA ANZOLA MARTÍNEZ tuvo su afiliación inicial en el sistema general de pensiones con la AFP Colfondos Pensiones y Cesantías el **27 de agosto de 1998** (archivo 19 Exp. Digital), en donde se encuentra afiliada actualmente; y *ii)* que no tiene registro histórico en Colpensiones (carpeta CC-35506100 Exp. Digital).

Selección inicial de régimen pensional

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

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

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

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

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

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

[...]

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

Deber de información por parte de las AFP

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 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).

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 qué modificar**, ya que no había existido afiliación al subsistema pensional, puesto que fue el **27 de agosto de 1998**, cuando lo hizo por primera vez escogiendo el régimen de ahorro individual, de tal suerte que, si bien a la AFP Colfondos le era exigible el cumplimiento del deber de información, previo a la afiliación de la demandante, lo cierto es que no resulta atendible la declaratoria de ineficacia de dicho acto jurídico; por lo tanto, lo que podría invalidarse o declarar ineficaz es el traslado, más no la elección que por primera vez se hace al referido sistema. Así se dijo por la Sala de Casación laboral

de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1806-2022, en la que sostuvo:

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

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

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

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

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

En tal sentido, se confirmará la decisión de primera instancia, pero por las razones aquí expuestas, pues se reitera en asuntos como el presente donde lo que se pretende es dejar sin efectos la afiliación inicial al sistema general de pensiones, la cual se hizo respecto del régimen de ahorro individual, no es viable porque no existe una situación jurídica anterior que se pueda modificar, esto es, no hay acto jurídico previo con Colpensiones que se pueda restablecer.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia, esto es, absolver a las accionadas de las pretensiones de la demanda.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante, como quiera que su recurso de alzada no prosperó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

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

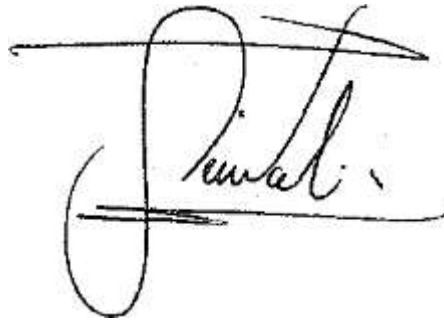
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

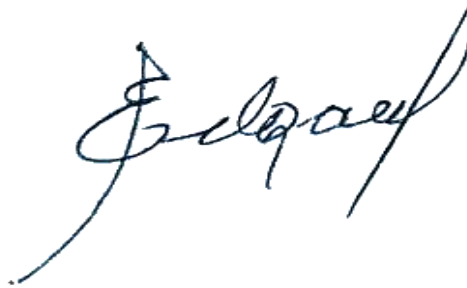


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

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



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PIEDAD ROSAS BERNAL
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, Y ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) 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 sentencia.

AUTO

Se reconoce personería a **LISETH DAYANA GALINDO PESCADOR**, identificada con CC n.º 1.073.680.314 de Soacha y TP n.º 215.205 del C.S. de la J, como apoderado sustituto de la firma **CAL & NAF ABOGADOS S.A.S** quien representa a Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido, previa comprobación de su calidad de abogada en la página del Registro Nacional de Abogados – SIRNA, de conformidad con el Decreto 806 de 2020. Se tiene por revocado el poder de sustitución otorgado a la abogada **XIMENA LUGO ROJAS**.

SENTENCIA:**ANTECEDENTES**

Pretende la señora **PIEDAD ROSAS BERNAL**, se **declare** la nulidad de la afiliación por la cual se trasladó del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) administrado por la AFP Porvenir, por omisión al deber de información; en consecuencia, se **condene** a esta a trasladar a Colpensiones todos los aportes, junto con los rendimientos financieros causados; se

ordene a Colpensiones activar su afiliación en el RPM, y recibir el traslado de los aportes; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 23-25 exp físico), señaló en síntesis, que nació el 9 de marzo de 1954, que al 1º de abril de 1994, contaba con más de 35 años de edad; que se afilió al ISS y allí aportó desde el 26 de enero de 1990; que el 27 de febrero de 1997, se trasladó al RAIS mediante la afiliación con la AFP Porvenir, pero que esa AFP, no le brindó información adecuada y completa acerca del RAIS, pues le habló de algunas de sus ventajas, sin hacer referencia a las desventajas, ni a las diferencias con el RPM.

Indicó, que el 9 de marzo de 2009, llegó a 55 años de edad; que al ser beneficiaria del régimen de transición, podía cumplir con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, antes de julio de 2010; que para la data en que llegó a esa edad ya tenía cumplidas 500 semanas cotizadas en tiempos privados; que en la actualidad se encuentra vinculada a Porvenir y cuenta con 65 años de edad.

Narró, que el 25 de abril de 2019, radicó reclamación administrativa ante Colpensiones en la que solicitó la nulidad del traslado al RAIS, y la reactivación de su afiliación en el RPM, que esa entidad le contestó que su petición era improcedente.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 23-61 archivo 2 CD), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su edad al 1º de abril de 1994; que se afilió al ISS y allí estuvo hasta que se trasladó al RAIS con la AFP Porvenir, entidad en la que se encuentra actualmente, y que agotó la reclamación administrativa; frente a los demás, señaló que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones de fondo, las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, e innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (f.º 2-30 archivo 4 CD), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, indicó a unos que no le constaban por corresponder a otra entidad, y a otros que no eran ciertos. Aclaró, que la afiliación de la actora con Porvenir fue el 27 de febrero de 1997 con efectividad a partir del 1º de abril de 1997; que en esa oportunidad fue ampliamente informada sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal como constaba en el formulario de vinculación, en donde se dejó la declaración de que la escogencia de régimen lo hacía de forma libre y voluntaria y sin presiones en cumplimiento del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPTSS. Agregó, que por tratarse de un sistema público y obligatorio, las condiciones de afiliación, traslado, cotización y reconocimiento de prestaciones tanto en el RPM como en el RAIS 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 fondo de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cuatro 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 10 de noviembre de 2021 (archivo 10-11 CD), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del acto de traslado de la señora PIEDAD ROSAS BERNAL, 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, el día 27 de febrero de 1997 con fecha de efectividad del 1º de abril 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 PIEDAD ROSAS BERNAL, 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 PIEDAD ROSAS BERNAL 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 PIEDAD ROSAS BERNAL, 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, la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, Y Colfondos Pensiones y Cesantías, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa.

(...)

Fundamentó su decisión, en que se encontraba probado que la demandante aportó al ISS la suma de 150 semanas; que se trasladó al RAIS administrado por la AFP Porvenir el 27 de febrero de 1997, con fecha de efectividad del 1° de abril 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 y calificativo 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 -27/02/1997-, 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, a 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 ese fondo 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 a Porvenir.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR** interpuso recurso de apelación argumentando que declarar la ineficacia del traslado afecta principios fundamentales del derecho, como lo son la confianza legítima y la sostenibilidad financiera, pues se está restando valor probatorio al formulario de afiliación suscrito por la demandante para el año 1997, por cuanto para esa época este era el documento propicio que demuestra el requisito de existencia y validez, mismo que esta revestido de legalidad, porque la demandante no lo tachó de falso, y tampoco presento inconformidad alguna frente a la suscripción del mismo.

Expuso, que no desconoce el criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia; no obstante, considera que a las AFP se está solicitando una prueba «*indiabólica*», pues se exigen probanzas que para la época no se requerían; que sí se entregaba información a los potenciales afiliados, pero se hacía de manera verbal, porque no había la obligación de dejar documentada la misma.

Sostuvo, que además la demandante disponía de todos los canales de comunicación que ofrecía Porvenir para resolver consultas, dudas e inquietudes, los

cuales no fueron usados, y fue solo hasta hace tres años que planteó lo de la nulidad del traslado; que llevaba más de 20 años afiliada al RAIS, y solo a partir de su aspiración pensional es que decide que no quiere pertenecer al mismo, contrariando el principio de la sostenibilidad financiera en el entendido de que se encuentra dentro de la prohibición legal que consagra el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Insistió en que la actora ratificó su voluntad de pertenecer al RAIS no solo con sus aportes por más de 20 años, sino también con su actuar.

Solicitó, que en caso de no revocar la decisión de instancia, se le absuelva de pagar los pagos de administración, cuotas de reaseguro, pólizas o comisiones, porque el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, establecía que los únicos valores a retornar son los aportes y los rendimientos, además que esos conceptos no eran parte del capital que financian la pensión de vejez.

Refirió, que Porvenir realizó una excelente gestión sobre los aportes de la promotora del litigio, prueba de ello eran los rendimientos generados, los que eran reales; que devolver los gastos de administración a Colpensiones generaría un enriquecimiento sin justa causa en su favor, y que estos son objeto del fenómeno de la prescripción.

COLPENSIONES sustentó su recurso de alzada en que el precedente de la Corte Suprema de Justicia se debe aplicar en «*cada caso concreto, los cuales difieren de los hechos del presente caso*»; que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición ni contaba con una expectativa legítima al momento del traslado, además de que no se probaron vicios en el consentimiento en virtud de los artículos 1508 al 1510 del CC.

Consideró, que el traslado de la actora se hizo de forma libre, voluntaria y sin presiones, lo cual fue ratificado con el formulario de afiliación a Porvenir; que en caso de declararse la ineficacia debía garantizarse el reintegro a Colpensiones de todos los aportes que realizó la afiliada al RAIS, debidamente indexados.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora PIEDAD ROSAS BERNAL nació el 9 de marzo de 1954, por lo que al 1° de abril de 1994, contaba con 40 años de edad; *ii)* que aportó al ISS 150 semanas entre el 26 de enero de 1990, y el 28 de febrero de 1997, según historia laboral emitida por Colpensiones actualizada al 12 de febrero de 2021 (exp. Administrativo, CD); y *iii)* que el **27 de febrero de 1997**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir S.A. (f.° 78-80 archivo 4 CD), AFP en la que se encuentra actualmente.

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, 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 esa Corporación 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 la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia 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 **-27 de febrero 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 Porvenir que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Porvenir suscrito el **27 de febrero 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).

Es pertinente anotar que, no resulta de recibo la afirmación de Porvenir al señalar que en la primera etapa a las AFP no les asistía obligación de guardar documentación acerca de la asesoría brindada al potencial afiliado, ya que, eso no es lo que se está exigiendo, pues las partes del proceso tiene libertad probatoria, lo que implica que los fondos privados pueden usar cualquier medio para demostrar que entregaron, en este caso, a la demandante, 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 si así lo hicieron debían conservar las pruebas en los archivos del fondo, dado que es esa 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.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales,

sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

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 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 **PIEDAD ROSAS BERNAL** desde el 1° de abril de 1997, 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 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 adelante.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas PORVENIR 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: MODIFICAR Y ADICIONAR LOS NUMERALES SEGUNDO Y TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio de Bogotá D.C., el cual quedará así:

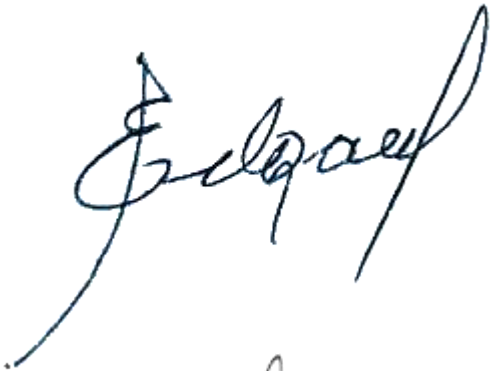
- CONDENAR a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación de la demandante **PIEDAD ROSAS BERNAL** desde el 1° de abril de 1997, esto es, las 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: COSTAS en esta instancia a cargo de Porvenir y Colpensiones.

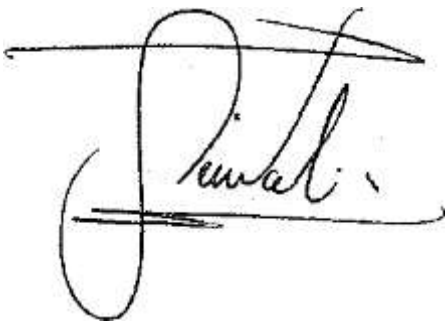
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



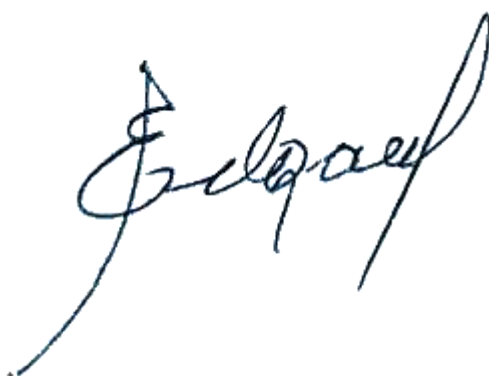
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

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

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

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE RUBÉN DARÍO ANDRADE HOYOS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., Y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) 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 el señor **RUBÉN DARÍO ANDRADE HOYOS** se **declare** la ineficacia del traslado del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) administrado por la AFP Santander hoy Protección, por omisión al deber de información, al igual que la vinculación efectuada con Colfondos. En consecuencia, se **condene** a Colfondos retornarlo al RPM junto con todos los valores recibidos por motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado y los gastos de administración; que se **ordene** a Colpensiones a recibirlo y mantenerlo afiliado en el RPM sin solución de continuidad; y se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 1-6 archivo 1 exp. Digital), señaló en síntesis, que nació el 24 de agosto de 1959; que estuvo afiliado a la caja pública de previsión nacional CAJANAL desde 1980, afirmando que al 10 de

septiembre de 1987, había acumulado 379 semanas; que el 14 de diciembre del 2000, se trasladó al RAIS, que para esa data se encontraba laborando para la Alcaldía Municipal de Rovira cuando los asesores de Santander le presentaron el nuevo régimen pensional como la única opción, explicándole que no se estaban haciendo afiliaciones con el entonces ISS; que el fondo para él que trabajaban les ofrecía beneficios superiores a los que obtendría en el RPM, pero que no le realizaron una proyección de la mesada pensional ni le informaron: *i)* capital que debía acumular, ni los requisitos necesarios para poder pensionarse con esta entidad; *ii)* que realizarían inversiones con su capital, ni qué tipo de riesgo tendrían esas inversiones, ni que podría tener pérdidas en su cuenta individual; y *iii)* de manera comparativa que régimen pensional le era mejor de acuerdo a sus condiciones.

Narró, que en el año 2010, cuando ingresó a laborar al ICBF se trasladó a la AFP Colfondos, pero que en esa oportunidad los asesores de esa entidad tampoco le realizaron una asesoría sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada régimen, ni lo aconsejaron de lo que sería mejor para su futuro pensional.

Expuso, que radicó ante Colfondos, Protección y Colpensiones derecho de petición solicitando la ineficacia del traslado y régimen y su retorno al RPM, pero que esas entidades negaron lo peticionado; que Colfondos le realizó una simulación pensional donde le informó que no tendría derecho a la pensión, ni a la garantía de pensión mínima.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 23- archivo 8 exp. Digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor y que agotó la reclamación administrativa; frente a los demás, señaló que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones de fondo, las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

PROTECCIÓN S.A. contestó (f.º 3-24 archivo 11 exp. Digital) oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento

del actor, que este se trasladó del RPM al RAIS a través de la firma de un formulario con Santander hoy Protección el día 14 de diciembre del 2000; que presentó derecho de petición pero que el mismo fue negado; frente a los demás, manifestó a unos que no se constaban por corresponder a otras entidades, y a otros que no eran ciertos. Aclaró, que al momento de su vinculación se le brindó asesoría amplia, correcta, clara, comprensible y suficiente sobre todos los aspectos del RAIS, como lo son: i) la construcción de un capital en una cuenta de ahorro individual donde se depositan mes a mes sus aportes pensionales ganando rentabilidad financiera de acuerdo con el comportamiento del mercado y el perfil de riesgo de cada afiliado, capital a partir del cual se define la pensión; ii) que este capital era de su propiedad y por esa razón ese valor podía heredarse a falta de beneficiarios; iii) sobre la figura de la garantía de pensión mínima y la devolución de saldos; iv) la posibilidad de realizar aportes voluntarios y de pensionarse en forma anticipada siempre y cuando contara con un capital que le permitiera financiar una pensión superior al 110% de un SMMLV; v) todas las diferencias que existen entre ambos regímenes señalando con total claridad que ambos son EXCLUYENTES y traen sus propias implicaciones o efectos para cada persona.

Formuló las excepciones de mérito de Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes, traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFP's convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen y la innominada o genérica.

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS contestó (f.º 5-17 archivo 07 exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del demandante; que presentó derecho de petición, pero que la respuesta fue negativa; frente a los demás, manifestó a unos que no le constaban por corresponder a terceros, y a otros que no eran ciertos.

Aclaró, que al momento de la afiliación el asesor le suministró información suficiente, completa y veraz, sin omitir la verdad, acerca de que el valor real de la pensión sería determinado una vez se cumplieran los requisitos para acceder a la

pensión y una vez la misma fuera solicitada ante Colfondos, pues esta se calculaba a partir de tres variables: i) la edad del posible pensionado y su grupo familiar determinando la expectativa de vida de los beneficiarios de la pensión; ii) el capital acumulado a la fecha del cálculo incluyendo aportes obligatorios y voluntarios, rendimientos y bono pensional si había lugar a él; y iii) la tasa de rentabilidad esperada a largo plazo del Fondo Especial de Retiro Programado; que le ofreció la posibilidad de optar por una pensión a la edad que escogiera, siempre y cuando contara con el capital suficiente que le permitiera financiar una pensión superior al 110% de un SMMLV, y que en el evento de no cumplir con el capital requerido podría acceder a la figura de Garantía de Pensión Mínima de Vejez, siempre y cuando cumpliera con los requisitos de edad y semanas exigidos en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, y la opción de acceder a unos excedentes de libre disponibilidad y hacer aportes voluntarios, el factor de la herencia, entre otras ventajas.

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

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 16 de noviembre de 2021 (archivo 17-18 exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del traslado realizado por el demandante RUBÉN DARÍO ANDRADE HOYOS, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, del 14 de diciembre de 2000, a la entonces SOCIEDAD AFP SANTANDERS.A., actualmente AFP PROTECCIÓN S.A. y posteriormente a la SOCIEDAD AFP COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., reintegrar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de RUBÉN DARÍO ANDRADE HOYOS, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, a recibir todos los valores que reintegre la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., con motivo de la afiliación de RUBÉN DARÍO ANDRADE HOYOS, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado y, tenerlos como semanas efectivamente cotizadas.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas.

(...)

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; que esta 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 actor al momento del traslado de régimen pensional se encontraba afiliado al RPM administrado en ese entonces por Cajanal, y que el 14 de diciembre del 2000, se vinculó al RAIS a través de la AFP Santander; que con el fin de demostrar la libertad informada solo se allegó el formulario de afiliación, el cual carecía 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.

Manifestó, que en este caso ni la AFP Santander hoy Protección 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 del funcionamiento de la entidad y el plan de pensión; que del interrogatorio de parte rendido por el actor, este manifestó que una vez liquidada la entidad para la que él trabajaba -instituto Colombiano de construcciones escolares- se vinculó con la Alcaldía Municipal de Rovira Tolima y allí aceptó la imposición que le hizo su nueva empleadora de trasladarse a Santander-IGN justificándose en que esa entidad tenía una deuda con el ISS por aportes de sus trabajadores y por el momento las afiliaciones de nuevas personas estaban suspendidas; que durante el proceso de vinculación al RAIS no le dieron explicaciones del RAIS; que no le fue entregado el modelo pensional; que no se hizo revisión documental; que tampoco se le dio la oportunidad de formular preguntas; que su formulario ya estaba diligenciado por la funcionaria de tesorería de la Alcaldía y él solamente se limitó a firmarlo; que en similares circunstancia se había realizado el traslado a la AFP Colfondos, cuando igualmente se estaba vinculando con el ICBF, pues tampoco le dieron información acerca del RAIS.

Concluyó, que las AFP demandadas omitieron suministrar información suficiente al actor para que él tomara una decisión de traslado de régimen pensional de manera consiente respecto de las consecuencias jurídicas que este le implicaría. Además, que había quedado probado que al promotor del litigio de forma irresponsable no le hicieron una proyección respecto a su expectativa pensional, lo que ahora lleva a concluir que el actuar de las AFP no fue diligente, resultando engañoso y desprovisto de buena fe, al adelantar una tarea de tan pronunciada responsabilidad en las condiciones precarias en las que quedó establecido en el debate probatorio; que pese a que aquí se alega que el demandante era profesional del derecho y que contaba con elementos suficientes para hacer un estudio pormenorizado de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que la obligación de las AFP es brindar información clara y veraz con independencia de quien sea el afiliado. Por ende, declaró nulo el traslado al RAIS efectuado a través de la AFP Santander hoy Protección el 14 de diciembre del 2000, quedando sin efectos todos los traslados realizados con posterioridad.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que la ineficacia o nulidad del traslado de régimen no puede declararse, porque el demandante se encuentra inmerso en una prohibición legal. Que el actor no probó los vicios en el consentimiento, porque él aceptó que su traslado se presentó de manera libre. Agregó que debía tenerse en cuenta que el actor llevaba afiliado en el RAIS más de 21 años y nunca había manifestado su descontento por estar allí.

Sostuvo, que si bien la AFP tenía un deber de información, ello no exoneraba al actor de la obligación de concurrir suficientemente ilustrado a la escogencia de su régimen pensional del cual dependían sus expectativas a largo plazo para adquirir su prestación, así como tampoco se le puede eximir de la aplicación de la ley, para darle un trato desigual porque su capacidad para celebrar actos y contratos no se encontraba menguada.

Insistió, en la calidad que tenía el demandante al momento de suscribir el formulario de vinculación con Colfondos, porque para ese momento ya era un profesional del derecho y por ello conocía cabalmente la diferencia entre estar afiliado en uno u otro régimen. Adicionalmente, manifestó que «*desde la perspectiva social se encontraría la equidad y se abandonaría el valor de la justicia material*» al permitir que una persona que no ha contribuido al rendimiento de los fondos pensionales entre a

beneficiarse y a subsidiarse a costa de las cotizaciones y riesgos asumidos por otras y no por él mismo.

Finalmente, solicita que en caso de confirmar la providencia del a quo, se condicione el cumplimiento de la sentencia a la devolución de los aportes íntegros realizados por el actor al RAIS, con su debida indexación.

La **AFP Protección S.A.**, no interpuso recurso alguno.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones y en grado jurisdiccional de consulta en su favor, 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 que hizo la demandante a través de la AFP Santander hoy Protección y posteriormente a otra 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 los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor RUBÉN DARÍO ANDRADE HOYOS estuvo afiliado al RPM a través de Cajanal entre el 29 de abril de 1980, y el 10 de septiembre de 1987, según certificación electrónica de tiempos laborados CETIL (f.º 3-8 archivo 2 exp. Digital); *ii)* que el **14 de diciembre del 2000**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Santander hoy Protección (f.º 49-50 archivo 11 exp. digital); y *iii)* que el actor se vinculó a Colfondos a través de la firma de un formulario de afiliación el 29 de abril de 2010, con efectividad a partir del 1º de junio del mismo año, AFP en la que se encuentra actualmente (f.º 32 y 36 archivo 2 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 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 lado, 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 el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad **–14 de diciembre 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 Santander 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).

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de vinculación o traslado a la AFP Santander suscrito el 14 de diciembre del 2000 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 esa AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

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

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

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –actos de relacionamiento-, es porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demuestra su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de

prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

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

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

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

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

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

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

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

Adicionalmente, resulta oportuno traer a colación la sentencia CSJ SL5655-2021, en la cual se definió que, una vez declarada la ineficacia, procedía el regreso de los afiliados de Cajanal, al régimen de prima media, hoy administrado por Colpensiones. Allí se indicó:

(...) es oportuno destacar que el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009 ordenó la supresión y liquidación de Cajanal y dispuso el traslado de sus afiliados al ISS, hoy Colpensiones.

Asimismo, que el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 creó la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, entidad a la que le delegó, entre otras funciones, el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas de los afiliados a Cajanal, «causados hasta su cesación de actividades como administradora; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras».

En este asunto no se discute que para la fecha en que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual -1.º de marzo de 2003- no tenía un derecho consolidado, de modo que la UGPP no tiene incidencia en el eventual reconocimiento de sus prestaciones (CSJ SL2208-2021).

Así las cosas, el regreso al statu quo implica que la actora debe ser redirigida al único ente que hoy administra las afiliaciones del régimen de prima media con prestación definida, esto es, el ISS, hoy Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, que asumió esta obligación conforme se indicó (subraya fuera del texto).

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

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

pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, 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 el demandante RUBÉN DARÍO ANDRADE HOYOS del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 14 de diciembre del 2000, a través de la afiliación a la administradora de fondos de pensiones Santander hoy AFP PROTECCIÓN S.A.; y segundo, adicionar y modificar el numeral segundo de la misma providencia, en el sentido de ordenar a la AFP PROTECCIÓN, y COLFONDOS 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, 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 Colpensiones, como quiera que su recurso de alzada no prosperó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE:

PRIMERO: 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 el demandante RUBÉN DARÍO ANDRADE HOYOS del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 14 de diciembre del 2000, a través de la afiliación a la administradora de fondos de pensiones Santander hoy AFP Protección S.A.

SEGUNDO: ADICIONAR Y MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., únicamente en el sentido de **ORDENAR:**

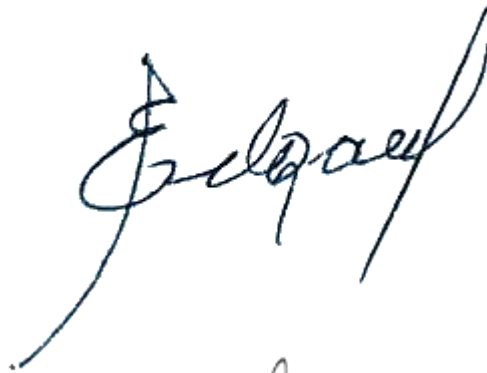
- A la **SOCIEDAD MINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora, esto es, entre el 14 de diciembre del 2000 y el 31 de mayo de 2010. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.
- A la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad desde el 1° de junio de 2010, 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: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones.

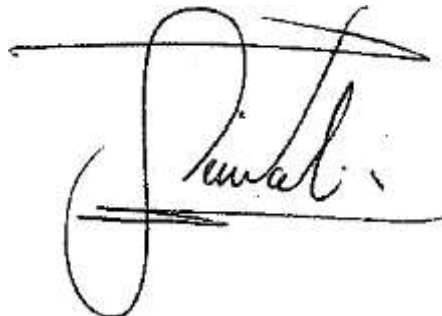
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



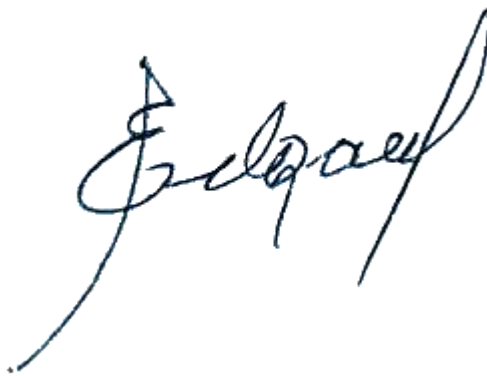
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

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

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

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE HÉCTOR HUGO BERMÚDEZ
ALVARADO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES COLPENSIONES, Y ADMINISTRADORA DE FONDO DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) 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 sentencia.

AUTO

Téngase a **GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S.**, representada legalmente por el gerente **ANDRÉS DARÍO GODOY CÓRDOBA**, identificado con CC n.º 80.086.521, como apoderada de la AFP Porvenir S.A., en los términos y para los efectos del poder conferido mediante escritura pública 1326 del 11 de mayo de 2022 ante la Notaría 18 del Círculo de Bogotá.

RECONOCER personería a la abogada **NEDY JOHANA DALLOS PICO** identificada con C.C. 1.019.135.990 y T.P. 373.640 del C.S.J., quien pertenece a la firma **GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S.**, en los términos y para los efectos del poder conferido, previa comprobación de su calidad de abogada en la página del Registro Nacional de Abogados – SIRNA, de conformidad con el Decreto 806 de 2020. Se tiene por revocado el poder otorgado a la abogada **BRIGITTE NATALIA CARRASCO BOSHELL**.

SENTENCIA:**ANTECEDENTES**

Pretende el señor **HÉCTOR HUGO BERMÚDEZ ALVARADO** se **declare** la ineficacia y/o nulidad 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, por cuanto no existió una decisión informada, verdaderamente autónoma y consciente, al no conocer los riesgos del traslado, y las consecuencias negativas que aquel le reportaría. En consecuencia, se **condene** a Porvenir a trasladar a Colpensiones todos los aportes, junto con los rendimientos; se **ordene** a Colpensiones activar su afiliación en el RPM, y recibir sus aportes; se **condene** a las demandadas ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 1 exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 15 de mayo de 1958; que se afilió al ISS desde el 20 de mayo de 1975; que se trasladó al RAIS el 1° de julio de 1994, a través de la AFP Porvenir, quien al momento de vincularlo no le brindó la información adecuada y completa acerca del RAIS; que le hablaron de unas ventajas de este, pero nunca sobre las desventajas, ni sobre las características, condiciones y diferencias frente al RPM, ni le entregaron un comparativo entre ambos regímenes, sin considerar su edad y perfil de riesgo, pues estaba en el límite de la edad en que debió trasladarse al RPM.

Narró, que el 4 de abril de 2020, radicó ante Colpensiones solicitud de nulidad del traslado al RAIS y la reactivación de su afiliación en el RPM, pero que le comunicaron que ello no era viable.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 6 exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del promotor del litigio, su afiliación al ISS, y que se trasladó al RAIS; frente a los demás, señaló que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones de mérito, las de error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe e innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (archivo 7 exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó la fecha de nacimiento

del actor, que este se trasladó al RAIS a través de esa AFP mediante la firma de un formulario de afiliación el 1° de junio de 1994, haciéndose efectivo a partir del 1° de julio de esa misma anualidad; que a la fecha se encuentra afiliado en esa entidad; frente a los demás, expuso a unos que no le constaban por corresponder a otra entidad y a otros que no eran ciertos.

Aclaró, que el actor recibió una asesoría clara, veraz y oportuna que le permitió tomar una decisión con elementos de juicio objetivos; que entre otras cosas le explicaron, sobre el régimen de transición pensional, que el monto de su pensión dependería del capital aportado en su cuenta individual (110% del valor del salario mínimo y sometida a la realización de un cálculo actuarial), que podría realizar aportes voluntarios, periódicos u ocasionales, a su cuenta; que tendría derecho a bono pensional, si había aportado 150 semanas antes del traslado de régimen pensional, y que su vinculación al RAIS era completamente voluntaria. Que entre los beneficios más importantes de ese régimen se destacan: en caso de que el afiliado muera y no cumpla con el capital para pensionarse, sus herederos podrán disponer de ese capital; que en caso de no completar el capital necesario para la pensión y si cuenta con 1150 semanas de cotización, podrán acceder a la garantía de la pensión mínima; si el monto de su pensión llega a ser superior al 70% de su Ingreso Base de Liquidación, podrá disponer de sus excedentes de libre disposición. Que igualmente, le explicaron las características del Régimen de Prima Media, y la forma de acceder a las prestaciones correspondientes.

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

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 5 de noviembre de 2021 (archivo 14-15 exp. Digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO DE TRASLADO que efectuó el demandante, señor HÉCTOR HUGO BERMÚDEZ ALVARADO, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR, que tuvo como fecha de suscripción el 1 de junio de 1994, por las razones expuestas en la parte motiva, y en consecuencia, establecer que la afiliación válida de la demandante corresponde al régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con bonos pensionales, rendimientos financieros, e igualmente costos cobrados por administración, de conformidad con la parte motiva de la decisión.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

CUARTO: CONDENAR a la demandada PORVENIR en costas a favor del demandante, por secretaría tásense, para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV.

El Juzgado, **basó su decisión fundamentalmente** en que se acogía a la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, en donde se fijaron unos parámetros para resolver los casos de ineficacia, considerando que estos se condensan en las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019.

El primer parámetro, era 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, lo que se concluye de la interpretación del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, pues solo podía entenderse que una decisión era libre y voluntaria cuando estaba precedida de una información suficiente para tomar esa decisión, la cual debe contener por lo menos una 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.

El segundo, que de la firma del formulario de afiliación por parte del afiliado podía colegirse una voluntad, pero ello no podía darle el efecto de que este fue debidamente informado, pues del cumplimiento de este deber, deriva la eficacia o no del traslado. Agregó que en ese sentido ese documento no resultaba suficiente para dar por cumplido ese deber, por lo que las AFP debían acreditar con otros medios de prueba su cumplimiento.

El tercero, referente a que eran las AFP quienes tenían la carga de la prueba de demostrar que atendieron su objeto social con el debido cuidado y diligencia. Y Cuarto, que la línea jurisprudencial de ineficacia aplica para todos los afiliados sin discriminación alguna, por su condición especial o porque tenga alguna expectativa pensional.

Expuso, que en este caso estaba acreditado el traslado al RAIS a través del formulario de afiliación suscrito con Porvenir el 1° de junio de 1994, data para la que el actor contaba con 150,43 semanas aportadas al RPM; que el mencionado formulario cumplía con todos los requisitos formales exigidos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994; no obstante, de él no se podía colegir que el afiliado hubiese sido debidamente informado para tomar la decisión del traslado de régimen.

Indicó, que de la declaración de parte del actor, no se podía extraer una confesión, pues no se logró establecer que Porvenir hubiese entregado la información en los términos aquí exigidos, pues este había manifestado que se trasladó porque en la empresa en la que trabajaba se había realizado una reunión grupal con el asesor de Porvenir, quien les informó aspectos generales del RAIS, que lo que más recordaba era que se podía pensionar con menos semanas que en el ISS y que se iban a causar unos rendimientos financieros, y que no le explicaron que iba a tener una cuenta de ahorro individual, ni que sucedería con sus aportes en caso de fallecer. Concluyó, que esta información fue muy escasa porque ni siquiera le explicaron todas las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos del RAIS, brillando por su ausencia manifestación algún respecto del RPM, por ende, sostuvo que declarar la ineficacia del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que no desconoce que las AFP desde su creación tenían el deber de información, pero que no era dable exigirle a Porvenir el cumplimiento de este en la forma en que actualmente se hace, porque ello desvirtuaba el principio de confianza legítima.

Consideró, que la inconformidad del actor radicaba en que no se le habían explicado las características y condiciones de los dos regímenes pensionales, las cuales estaban consignadas en la Ley 100 de 1993, y sus decretos reglamentarios, normatividad que por ser de alcance nacional impone su conocimiento a todos los ciudadanos a partir de su promulgación, por lo que no era dable alegar la ignorancia como excusa a su favor para endilgarle a la AFP la responsabilidad de haber omitido informarse al respecto, más cuando el demandante suscribió el formulario de afiliación de forma libre y voluntaria ejerciendo su derecho de libre escogencia de régimen pensional.

Sostuvo, que el promotor del litigio incumplió con sus deberes como consumidor financiero, puntualmente el de informarse adecuadamente de las condiciones del

sistema general de pensiones, aprovechar los mecanismos de divulgación de la información y capacitación para conocer el funcionamiento del sistema pensional, y los derechos y obligaciones que le corresponden, que tampoco empleó la adecuada atención y cuidado al momento de tomar decisiones, entre otras, el traslado; que el actor no era un afiliado lego y, por tanto, debía hacerse parte en el negocio jurídico, y cumplir con el deber legal de cuidado frente al formulario que estaba suscribiendo.

Finalmente, indicó que debía tenerse en cuenta el principio de la sostenibilidad financiera contemplado en el artículo 48 de la Constitución Política, que impacta en la reserva financiera del régimen pensional, por lo que el eventual traslado del actor afectaría significativamente el mismo, teniendo en cuenta la variación porcentual de la destinación del aporte, la falta de contribución al fondo común y la carga que generaría para los demás afiliados el eventual reconocimiento de una pensión de vejez.

La **AFP PORVENIR S.A.** sustentó su recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, argumentando que, el traslado del actor fue completamente eficaz, porque este lo hizo en el año 1994, previo la firma de un formulario de afiliación y una asesoría verbal, siendo únicamente el formulario el documento válido para la afiliación, por lo que no era viable exigirle otro tipo de documentos para demostrar la validez de la afiliación, cuando han transcurrido más de 20 años desde el traslado.

Sostuvo, que no desconoce que el deber de información nació desde la creación de las AFP, pero que este se ha incrementado a lo largo de los años por la norma y la jurisprudencia, y considera que no se realizó una debida interpretación de la norma a la data del traslado, porque si bien se exigía explicar al potencial afiliado las características del RAIS esto enfocado en impedir la coacción al derecho de libre escogencia, derecho que se garantizó como quiera que el actor eligió libremente el régimen al cual deseaba pertenecer, prueba de ello es la permanencia durante tantos años en este, durante en los cuales él ha estado aportando.

Expuso, que la inconformidad del demandante no radica en el deber de información, sino en la cuantía de su mesada pensional en el RAIS, situación que no es suficiente, para que el juzgado declare la ineficacia del traslado, máxime que él pudo en cualquier momento retractarse de su decisión y regresar al RPM, pero no lo hizo.

Finalmente, mencionó frente a los gastos de administración, que condenarla a su pago es ilógico, ya que, si la consecuencia de la ineficacia es que el acto del traslado

al RAIS nunca existió, es decir, que los rendimientos financieros tampoco, resultando injusto que se ordene devolver estos más los gastos de administración. Agregó que los citados descuentos se hicieron en cumplimiento del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, para la correcta administración de los recursos del demandante, prueba de ello eran los rendimientos generados.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver los recursos de apelación presentados por Porvenir S.A., y Colpensiones; 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 los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor HÉCTOR HUGO BERMÚDEZ ALVARADO nació el 15 de mayo de 1958; *ii)* que se afilió al ISS donde aportó desde el 20 de mayo de 1976, hasta el 1° de junio de 1994, un total de 150,43 semanas, según historia laboral expedida por Colpensiones el 22 de febrero de 2021 (exp. Administrativo); *iii)* que el **1° de junio de 1994** se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Porvenir, el cual se hizo efectivo a partir del 1° de julio de igual año, y que en actualidad permanece en esa entidad (f.° 25-28 archivo 7 exp. digital), acreditando 1.255 semanas al 2 de marzo de 2021 (f.° 49-53 archivo 7 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 –1° de junio de 1994-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

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

equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios.

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Porvenir suscrito el 1° de junio 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 dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Y es que en este punto debe advertirse que la 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).

De otro lado, debe hacerse claridad además en que, si bien el actor manifestó que su mesada pensional en el RAIS sería inferior, a 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.

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, 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 aquellas, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que la *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta 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, 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,

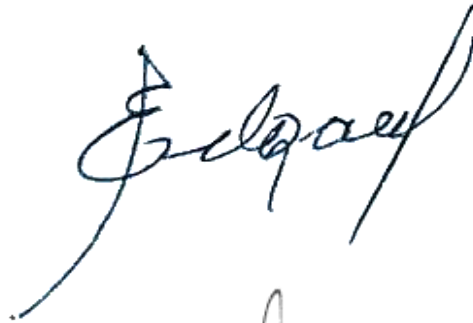
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.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 HÉCTOR HUGO BERMÚDEZ ALVARADO, esto es, las cotizaciones recibidas en su integridad desde el 1° de julio 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, 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.

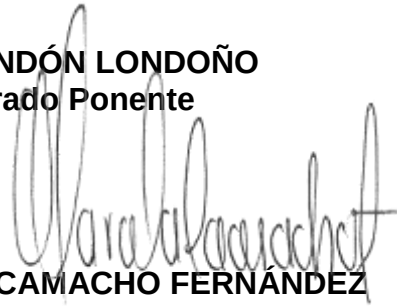
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y la AFP PORVENIR.

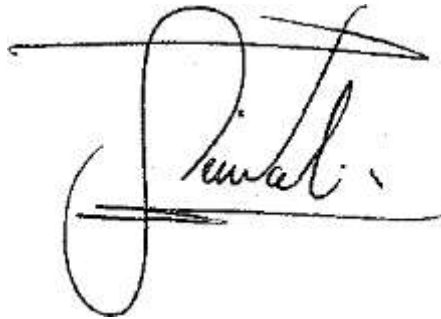
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



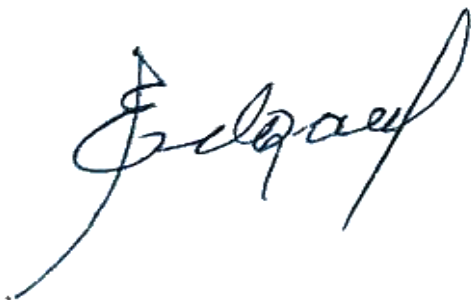
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y la AFP PORVENIR, en la suma de \$1.000.000 cada uno.

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

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUZ MIRIAM CASTAÑO TORRES CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) 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 sentencia.

AUTO

Se reconoce personería a **MAYRA ALEJANDRA BOHADA ROJAS**, identificada con CC n.º 1.093.783.369 de los Patios Norte de Santander y TP n.º 321.635 del C.S. de la J, como apoderado sustituto de la firma **MEJIA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S.** quien representa a Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido, previa comprobación de su calidad de abogada en la página del Registro Nacional de Abogados – SIRNA, de conformidad con el Decreto 806 de 2020. Se tiene por revocado el poder de sustitución otorgado a la abogada **ANGELLY JULIANA SALAZAR CAICEDO**.

SENTENCIA**ANTECEDENTES**

EXPEDIENTE No. 38201900277-02

Pretende la señora **LUZ MIRIAM CASTAÑO TORRES**, se declare la «*nulidad*» 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. En consecuencia, se **condene** a Protección a devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones efectuadas, rendimientos, bonos pensionales, comisiones y todos los aportes recibidos por su vinculación; se **ordene** a Colpensiones tenerla como afiliada en el RPM y actualizar su historia laboral; 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 8-13 y 101-109 archivo 1 exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 4 de mayo de 1960; que aportó al ISS entre el 28 de noviembre de 1988, y el 30 de septiembre de 2003, un total de 483,57 semanas; que se trasladó al RAIS el 21 de agosto de 2003 mediante la suscripción de un formulario de afiliación con la AFP Santander hoy Protección, en donde viene cotizando desde abril de 2004, reportando a marzo de 2019 un total de 607,86 semanas.

Narró, que la AFP Santander al momento de su traslado no le informó: *i)* las implicaciones de trasladarse de régimen pensional; *ii)* la naturaleza propia del régimen de capitalización, de los rendimientos y esquemas financieros; *iii)* las desventajas del RAIS; *iv)* los distintos escenarios comparativos de pensión en uno y otro régimen pensional, ni le ofreció cuadros de simulación financiera; *v)* que era mejor quedarse en el RPM dadas las semanas que tenía aportadas y su salario; *vi)* las ventajas del RPM. Agregó, que durante su permanencia en ese régimen tampoco ha recibido asesoría profesional completa y comprensible sobre las diferentes alternativas para la elección de régimen pensional.

Expuso, que por su cuenta contrató una asesoría particular y fue allí donde se dio cuenta que había sido engañada por la AFP Santander, pues le había generado un falso conocimiento de la realidad; que radicó ante Colpensiones solicitud de activación de afiliación en el RPM, pero que la misma fue negada argumentando que no era procedente; y que ante Protección solicitó la nulidad del traslado de régimen, pero también fue negado.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó (f.º 125-155 archivo 1 exp. Digital), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante; que se afilió al ISS y las semanas allí cotizadas y la reclamación realizada por el actor, la que se negó por ser improcedente; igualmente se tuvieron por ciertos los hechos del 32-43 del escrito de subsanación de la demanda (f.º 297-302 archivo 1 exp. Digital); frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a otra entidad. 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 y la innominada o genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó (f.º 209-228 archivo 1 exp. Digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó el traslado del RPM al RAIS mediante la afiliación con la AFP Santander hoy Protección mediante la firma de un formulario el 21 de agosto de 2003, y que allí viene realizando aportes hasta la actualidad, y que negó la solicitud de nulidad de traslado porque este estuvo lleno de los requisitos legales; frente a los demás, indicó a unos que no le constaban por corresponder a un tercero, o que no eran ciertos; aclaró, que si informó a la actora sobre la naturaleza del RAIS y del fondo privado, al igual que de las características propias de este régimen, sus ventajas y desventajas comparándolas con el RPM, y que fue ella quien decidió de forma libre y voluntaria trasladarse a Protección.

Propuso como excepciones de fondo, las de validez de la afiliación a Protección, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción, e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 04 de octubre de 2020 (archivo 9-10 exp. digital), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES y a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda por la demandante LUZ MIRIAM CASTAÑO TORRES. 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.

TERCERO: COSTAS. Lo serán a cargo de la demandante. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$500.000, en favor de cada una de las demandadas.

CUARTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR.

Fundamentó su decisión, en que la actora desde el 1° de octubre de 2003, data en que se hizo efectivo el traslado y hasta la actualidad siempre ha estado vinculada a Protección; que al momento del traslado contaba con 483 semanas al RPM; que cuenta con un poco más de 600 semanas en el RAIS; que en el interrogatorio de parte rendido por la actora se descartó que ese procedimiento se hizo en cuestión de minutos, que no se le había suministrado información de naturaleza alguna y que solo se le hizo alusión a una situación de crisis que vivía el ISS, que en última había sido lo determinante para afiliarse a ese fondo.

Indicó, 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 1° 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 Protección diligenciado el 21 de agosto de 2003, 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,

EXPEDIENTE No. 38201900277-02

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, señalando seguidamente 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 Santander hoy Protección, y que era carga de la prueba de la demandante demostrar los mencionados vicios en el consentimiento.

Expuso, que no desconoce que la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en múltiples pronunciamientos ha admitido la viabilidad de la nulidad o ineficacia al RAIS cuando ha encontrado que la afiliación esta precedida de una falta de consentimiento informado, pero que en su concepto esto no constituye *per se* un vicio del consentimiento autónomo generador de una ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, porque la falta de información es un mecanismo a través del cual se puede configurar un vicio del consentimiento (error- fuerza- dolo), pero no es un vicio como tal.

Agregó, que aun en el caso de que la demandante no hubiese recibido información de ninguna naturaleza, su comportamiento, y su proceder a lo largo de su historia laboral era consistente con su compromiso de pertenecer al RAIS desde 2003 y hasta la actualidad, y que acogía íntegramente lo señalado en la sentencia CSJ SL3752-2020 respecto de los actos de relacionamiento y la afiliación tácita, providencia que citó en extenso.

Explicó, que la actora desde que se trasladó al RAIS en 2003, efectuó consistentemente sus aportes con destino a ese régimen, no manifestó desde esta data hasta cuando cumplió 59 años de edad interés alguno en regresar al RPM, denotando con su conducta el compromiso serio de pertenecer al RAIS, existiendo correspondencia entre voluntad y acción, reflejando la realidad de lo que aparecería firmado, y que los comportamientos de la demandante generaban una afiliación tácita al RAIS posterior a una hipotética ineficacia surgida en 2003. En consecuencia, absolvió de las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

La **DEMANDANTE**, interpuso recurso de apelación advirtiendo que la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral tenía 76 sentencia las cuales refirió, en las que al analizar el tema de la ineficacia del traslado por omisión al deber de información han determinado que este se debe verificar al momento del traslado; que para el caso puesto a consideración fue 2003, data para la cual no fue informada sobre las ventajas y desventajas de ambos regímenes, pues el hecho de que la actora fuese una persona con formación educativa no implicaba *per se* que conociera sobre el sistema pensional, ni podía de ninguna manera relevar a la AFP de ese deber.

Indicó, que en el transcurso del proceso la AFP demandada no acreditó que hubiese cumplido con el deber de información, derivándose de ello la ineficacia del traslado del RPM al RAIS. Consideró, que el hecho de que la demandante no fuese beneficiaria del régimen de transición no tenía incidencia alguna, y que era carga de la prueba de la AFP demostrar que, si había cumplido cabalmente con su deber, al mostrar que había obtenido una decisión informada.

Expuso, que se equivocaba el juez de instancia al no realizar la evaluación de este deber al momento del traslado como lo ha señalado la jurisprudencia del Órgano de cierre de esta jurisdicción.

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 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 los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora LUZ MIRIAM CASTAÑO TORRES se afilió al ISS donde aportó desde el 28 de noviembre de 1988, hasta el 30 de septiembre de 2003, la suma de 483,57 semanas según historia laboral actualizada al 26 de febrero de 2019 (f.º 30 archivo 1 exp digital); y *ii)* el **21 de agosto de 2003**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Santander hoy Protección el cual se hizo efectivo a partir del 1º de octubre de ese mismo año, AFP en la cual se encuentra actualmente (f.º 229-247 archivo 1 exp digital).

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

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.

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.

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.

Conforme lo anterior, le asiste razón a la parte apelante, respecto de que la sentencia en que el juez de instancia fundó su decisión es contraria al precedente de la máxima corporación de cierre de la justicia ordinaria laboral, el cual esta Sala comparte plenamente.

El segundo, que si bien es cierto en la demanda se solicitó la «nulidad» del traslado de régimen por falta de información al momento en que la accionante se

EXPEDIENTE No. 38201900277-02

trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse únicamente 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 tercero, 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 entre muchos otras, 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 disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009).

Y el cuarto, que las AFP desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues

implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –21 de agosto de 2003-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ SL1452-2019, 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 Santander hoy Protección 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 Santander suscrito el 21 de agosto de 2003, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que la AFP Protección cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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,*

EXPEDIENTE No. 38201900277-02

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).

Y del interrogatorio de parte rendido por la actora, advierte la Sala que una vez escuchado el audio en su integridad se encontró que la señora Castaño Torres señaló que cuando se trasladó a la AFP Santander (21/08/2003), ella se encontraba laborando en la *«ferretería la casita»*, desempeñando el cargo de revisora fiscal y allí realizaron una reunión a la cual no pudo asistir porque estaba ocupada en otras actividades, pero al momento en que todos estaban firmado los formularios a ella la llamaron y le indicaron que debía firmar porque *«el ISS se iba a acabar y que por lo tanto yo iba a perder mi pensión, entonces que la única forma de que me respondieran era con un fondo privado, por lo tanto, me hicieron firmar un formulario»*; que no realizó ninguna gestión para corroborar esa información porque confió en lo que le dijo la asesora, que al momento del traslado desconocía los requisitos para pensionarse en cualquiera de los dos regímenes pensionales; que en el formulario fue diligenciado por la asesora de Santander, quien le solicitó el nombre de sus beneficiarios por si ella fallecía e insistentemente sostuvo que ese día no recibió ninguna asesoría. Las demás preguntas y respuestas se realizaron sobre asuntos posteriores a la data del traslado.

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, pues realmente se observa que no le dieron absolutamente ninguna información acerca de los regímenes pensionales y, por ende, no hay lugar a establecer que se hubiese dado una información adecuada, suficiente, clara, transparente y detallada 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 Protección S.A. debía probar en este proceso y no lo hizo.

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

EXPEDIENTE No. 38201900277-02

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 retorno al RPM o porque ejerció actuaciones que el juez de primera instancia denominó como afiliación o 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.** (Negritas fuera del texto original).*

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

En esta perspectiva, la declaratoria de ineficacia hace que las cosas vuelvan al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación; o

EXPEDIENTE No. 38201900277-02

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, 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 la demandante **LUZ MIRIAM CASTAÑO TORRES** el 21 de agosto de 2003 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 las AFP demandada a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquellas, las cotizaciones recibidas en su integridad desde el 1° de octubre de 2003 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 la accionante en su cuenta de ahorro individual. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (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.

EXPEDIENTE No. 38201900277-02

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 PROTECCIÓN 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 4 de octubre de 2021, para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora **LUZ MIRIAM CASTAÑO TORRES** al régimen de ahorro individual el 21 de agosto de 2003, el cual se hizo efectivo a partir del 1° de octubre de ese mismo año, por intermedio de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER hoy PROTECCIÓN 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 PROTECCIÓN S.A.**, 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 octubre de 2003, 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 la accionante en su cuenta de ahorro individual. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán

EXPEDIENTE No. 38201900277-02

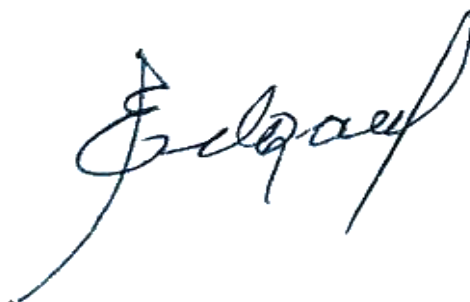
aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

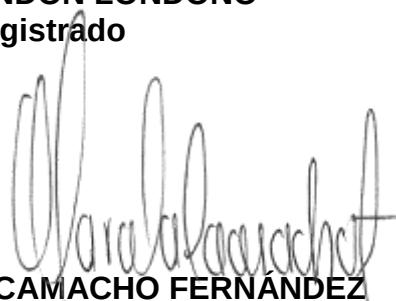
CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas conforme a lo motivado.

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

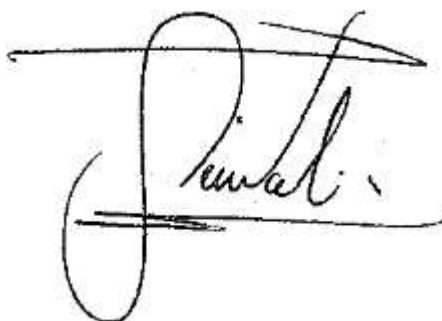
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

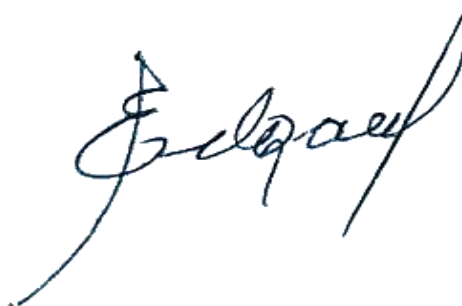


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

EXPEDIENTE No. 38201900277-02

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.

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 HUGO MAURICIO ALBARRACÍN MARTÍNEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A. ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS – COLFONDOS S.A., ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS – OLD MUTUAL S.A. Y ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y uno (31) 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**I. ANTECEDENTES**

El demandante pretende se declare «*nulidad*» y en subsidio la «*ineficacia o invalidez*» del traslado que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. En consecuencia, solicitó se ordene a los fondos de pensiones anular en sus registros la afiliación al RAIS y se condene a Porvenir S.A. retornar el saldo existente en la cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos financieros y el valor cotizado al fondo de garantía de pensión mínima a Colpensiones y, a esta última, reactivar la afiliación y registrar en la historia laboral las cotizaciones que le sean transferidas. Por último, solicitó se acceda a lo probado *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 11 de mayo de 1960; que cotizó al ISS desde el 6 de julio de 1981, hasta el 8 de enero de 1996, un total

de 520,14 semanas y que se trasladó a Colmena, hoy Protección S.A. el 1° de febrero de 1996.

Sostuvo, que al momento del traslado el fondo de pensiones no le brindó información completa, detallada y veraz sobre su situación pensional en ese momento y en el futuro, no le advirtió de las consecuencias del traslado, ni le hizo una proyección pensional en ambos regímenes; tampoco le informó cuales eran los requisitos y condiciones para pensionarse en el Seguro Social.

Manifestó, que cuando se trasladó de régimen sólo le faltaban 479,86 semanas para cumplir con las semanas exigidas para la pensión en el ISS; que le dijeron que tenía derecho a que le devolvieron los aportes cotizados; sin embargo, en comunicación del 14 de marzo de 2018, le indicaron que no devolverían los aportes porque no tenía derecho a excedentes de libre disponibilidad y que en la misma comunicación le realizaron la proyección de la mesada pensional al cumplir 62 años, la cual arrojó que el valor de la mesada pensional en el RAIS sería de \$3.494.100, mientras que, en el RPM sería de \$9.768.000.

Refirió, que actualmente se encuentra afiliada a Porvenir S.A., al 31 de enero de 2018 tenía un total de 1640 semanas cotizadas; que presentó la reclamación administrativa ante Colpensiones el 19 de octubre de 2018, la cual no fue respondida (f.º 4 a 23).

II. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del demandante. Frente a los demás hechos, manifestó que no le constaban o que no eran hechos. En su defensa, propuso como excepciones de mérito, las de *«validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación e innominada o genérica»* (f.º 82 a 91).

PORVENIR S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del demandante, que actualmente está afiliada a su fondo de pensiones, le imposibilidad de devolver los aportes porque no tiene excedentes de libre disponibilidad y la proyección de la mesada pensional en ambos regímenes; de otra parte, negó que el demandante no

estuviera completamente informado al momento del traslado sobre las consecuencias que este implicada.

Aclaró, que el demandante recibió una asesoría comparativa de ambos regímenes pensionales sobre su funcionamiento, características, ventajas, desventajas y formas de liquidar las prestaciones para que de forma libre, espontánea y sin presiones optara por el régimen que más le conviniera, como consta en el formulario de vinculación. Asimismo, informó que el monto y la edad de pensión dependía directa y exclusivamente de él, por lo que no es válido alegar la nulidad después de no lograr el objetivo esperado.

En su defensa, propuso como excepciones de mérito *«prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa e innominada o genérica»* (f.º 96 a 103).

PROTECCIÓN S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del demandante, la fecha de traslado de régimen y que le informaron que tenía derecho a la devolución de los aportes efectuados. Negó no haberle explicado cuales eran los requisitos para acceder a la pensión en el ISS y los riesgos del traslado.

Aclaró, que brindó información clara, precisa y de fondo sobre las características y requisitos para acceder a las prestaciones económicas de pensión en ambos regímenes pensionales y que para la fecha del traslado no era obligatorio realizar proyecciones pensionales. Frente a los demás hechos, manifestó que no le constaban.

En su defensa, propuso como excepciones de mérito *«declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe por parte de la demandada, inexistencia de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante en la administradora de fondo de pensiones Protección S.A., 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, prescripción y excepción genérica»* (f.º 124 a 132).

COLFONDOS S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, negó no haberle informado las consecuencias negativas del traslado y aclaró que si le brindó información sobre las características, funcionamiento, ventajas, desventajas de los regímenes pensionales las condiciones de acceso a las prestaciones en dichos regímenes, así como el derecho de retracto, por lo que, no existió omisión en la información ni una indebida asesoría al momento del traslado de régimen. Frente a los demás hechos, manifestó que no le constaban.

En su defensa, propuso como excepciones de mérito *«falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios en el consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos»*.

Por su parte, **OLD MUTUAL S.A.** frente a las pretensiones solo se opuso a la condena ultra y extra petita y las costas del proceso; en cuanto a las demás ni se opuso ni se allanó. Referente a los hechos, aclaró que el demandante se trasladó a su fondo de pensiones en cuatro oportunidades, la última vez fue el 30 de junio de 2010, la que se hizo efectiva el 1° de agosto de 2010. Frente a los demás hechos, manifestó que no le constaban.

En su defensa, propuso como excepciones de mérito *«cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, 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 el demandante, prescripción, buena fe y la genérica»* .

De otra parte, Llamó en garantía a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. con fundamento en que el demandante estuvo afiliado a su fondo de pensiones del año 2010 al 2011, y durante esta vigencia suscribió contrato de seguro con esta entidad para cubrirle los riesgos de invalidez y muerte, por lo que, en caso de ser condenado corresponde a esta entidad la obligación de devolver los aportes que el fondo de pensiones pagó durante ese tiempo.

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA – MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS

S.A. Se opuso a todas las pretensiones que afectaban a su representada. En cuanto a los hechos de la demanda, manifestó que ninguno le constaba y propuso como excepciones de fondo, las de «*inexistencia de la obligación, buena fe exenta de culpa que genera prima devengaba, prescripción y la innominada o genérica*»

En cuanto a los hechos del llamamiento en garantía, manifestó que el fondo de pensiones no le informó de la afiliación y en todo caso no se encuentra obligada auditar la forma como se realizó el traslado de régimen; que el seguro adquirido fue previsional para cubrir las contingencias de invalidez y muerte, por lo tanto, no son del resorte reconocimientos atados a la pensión de vejez; que no es posible trasladarle el incumplimiento del deber de información cuando no intervino en el acto jurídico.

Sostuvo, que recibió el pago de las primas de buena fe en desarrollo de un contrato comercial el cual no es nulo y no es viable pretender el reintegro de las primas bajo el argumento de la ineficacia de la afiliación en la que no intervino.

Propuso las siguientes excepciones «*improcedencia del llamamiento en garantía, inexistencia de consecuencias al asegurador, frente al deber de información, improcedencia de devolución de primas por ser plenamente válido el contrato de seguro previsional de invalidez y sobreviviente documentado bajo las pólizas 9201407000002, 9201411000000 y 9201411900149 con vigencia entre el 1° de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2018 e inexistencia de obligación legal que impusiera a la aseguradora previsional el asesoramiento en el traslado de régimen pensional*».

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 6 de septiembre de 2021 (f.º252), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado del demandante HUGO MAURICIO ALBARRACÍN MARTÍNEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandante SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. por ende a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido, entre el 01 de

febrero de 1996 al 31 de julio de 2004, con motivo de la afiliación del demandante **HUGO MAURICIO ALBARRACÍN MARTÍNEZ**, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.

PARÁGRAFO: Se autoriza efectuar el descuento del dinero que trasfirió a la AFP PORVENIR con ocasión al traslado solicitado por el demandante el 01 de agosto de 2004.

TERCERO: CONDENAR a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido entre el 01 de agosto de 2010 y el 31 de julio de 2011, con motivo de la afiliación del demandante **HUGO MAURICIO ALBARRACÍN MARTÍNEZ**, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.

PARÁGRAFO: Se autoriza efectuar el descuento del dinero que trasfirió a la AFP Colfondos el 01 de agosto de 2011, con ocasión al traslado solicitado por el demandante.

CUARTO: CONDENAR a COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido entre el 01 de agosto de 2011 y el 31 de octubre de 2012, con motivo de la afiliación del demandante **HUGO MAURICIO ALBARRACÍN MARTÍNEZ**, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.

PARÁGRAFO: Se autoriza efectuar el descuento del dinero que trasfirió a la AFP Porvenir con ocasión al traslado solicitado por el demandante el 01 de noviembre de 2012, con ocasión al traslado solicitado por el demandante.

QUINTO: CONDENAR a 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 del demandante **HUGO MAURICIO ALBARRACÍN MARTÍNEZ**, durante los tiempos que estuvo afiliado, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.

SEXTO: DECLARAR que el demandante **HUGO MAURICIO ALBARRACÍN MARTÍNEZ** se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida, administrado en su momento por el extinto **I.S.S.**, y hoy administrado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, por las razones expuestas.

SÉPTIMO: DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN propuesta por **MAFRE COLOMBIA VIDA Y SEGUROS S.A.**, teniendo en cuenta las consideraciones.

Como fundamento de su decisión, indicó que el problema jurídico consistía en establecer si es procedente declarar la ineficacia ante la falta de suministro de información necesaria para el cambio de régimen pensional.

Para el efecto, expuso que los afiliados tienen derecho a escoger el régimen pensional al cual quieren afiliarse – literal e) artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –; en tal dirección, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha concluido que es deber de los fondos de pensiones brindar información completa y suficiente sobre las implicaciones reales del traslado y las características de cada uno de los regímenes pensionales, que en esta clase de procesos opera la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado y es posible declarar la ineficacia así el afiliado no tenga derecho al régimen transicional – SL4989-19 y SL 1452-2019 – aclarando que la falta de información tiene como consecuencia la ineficacia del traslado – artículo 271 de la Ley 100 de 1993 – .

Sostuvo, que no se allegó elemento probatorio documental suficiente para acreditar que se brindó la información en los términos indicados, por lo que no se puede establecer que para la fecha del traslado el afiliada haya recibido la información suficiente y necesaria para aceptarlo; que el único elemento de juicio aportado fue el formulario de vinculación que por sí solo es insuficiente para cumplir con la carga probatoria y en el interrogatorio de parte no se estableció confesión en este sentido.

Con respecto a los actos de relacionamiento manifiesta que no son suficientes para acreditar que el afiliado hubiese recibido la información necesaria, si bien, pueden constituir un indicio debe ir acompañado de la prueba de la información que recibió el afiliado para establecer si existió un consentimiento informado. Por lo anterior, declaró la ineficacia del traslado inicial y los posteriores traslados horizontales, con las consecuencias determinadas para esta figura en la jurisprudencia.

Con respecto a la aseguradora, manifestó que si bien existe un contrato de seguro, no se desprende que con este se pueda garantizar los derechos reclamados y frente a la excepción de ineficacia, señaló que, al pretender el reconocimiento de un estado jurídico, no está sujeto a la prescripción.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

SKANDIA S.A. solicita sea revocada parcialmente la sentencia de instancia en lo relacionado con los gastos de administración. En sustento del recurso, expone que estos conceptos tienen una fuente legal que autoriza el cobro; que durante el proceso no se dijo nada frente a este concepto, por lo que vulnera derecho de defensa y contradicción y que no a todos los procesos se les debe aplicar las mismas consecuencias jurídicas.

Trajo a colación el artículo 230 de la Constitución Política de Colombia para manifestar que los jueces están sometidos al imperio de la ley; que la jurisprudencia es un criterio auxiliar y, si bien en este tipo de procesos procede la declaratoria de la ineficacia del traslado, los efectos de esta figura están en la ley; que tal y como lo ha reafirmado la Superintendencia Financiera, al declararse esta figura, únicamente procede el traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual que incluye los rendimientos y los porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima.

Manifestó, que no es posible reintegrar las sumas descontadas por gastos de administración, porque una parte fue destinada a pagar las pólizas para cubrir los riesgos de invalidez y muerte y la otra, para sufragar los gastos de administración que permitió que se generaran rendimientos; que si lo prendido es aplicar la figura de la ineficacia no sería viable entregar lo correspondiente a rendimientos; además, refirió el tema de las restituciones mutuas, para indicar que no fue declarado la posesión de mala fe, por lo que no está obligado a restituir los frutos percibidos.

En cuanto, a la llamada en garantía explicó que no fue vinculada para respaldar las consecuencias de la afiliación, sino el respaldo de las sumas de dinero que recibió por este concepto en caso de declararse la ineficacia, pues este dinero no está a disposición del fondo. Finalmente, indica que opera la figura de la prescripción para estos conceptos y no procede el pago de intereses ni indexación.

PROTECCIÓN S.A. solicitó que sea revocada parcialmente la sentencia de instancia. En sustento de la alzada, sostuvo que no es procedente que se condene a devolver los gastos de administración, porque la administración generó una rentabilidad, además lo correspondiente al seguro previsional, fue causado mes a mes y se encuentra imposibilitado para recobrarlo a las aseguradoras ya que son un tercero de buena fe; que no tuvo injerencia en el contrato de afiliación. Asimismo, refirió que las consecuencias de la figura de la ineficacia implicarían, al fondo devolver los gastos de administración y al afiliado los rendimientos financieros, por lo que no puede desconocerse las prestaciones acaecidas. Finalmente, señala que

de confirmarse la decisión estaría generando un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

PORVENIR S.A. expresó que no comparte la decisión del *a quo* de trasladar los dineros sin efectuar descuento por los gastos de administración y seguros previsionales. En sustento dijo que se incumple con el principio de inescindibilidad de las normas, porque la sanción que se deriva del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, es una multa y dejar libre al afiliado para que vuelva hacer el traslado de manera libre y voluntaria y en este traslado no habría que restituir los gastos de administración; que se constituye en un enriquecimiento sin justa causa al demandante pues los rendimientos van a entrar a su patrimonio a través de semanas efectivamente cotizadas; que se hace una interpretación parcializada del artículo 1746 del Código Civil, pues los efectos jurídicos de la ineficacia opera para algunas cosas y para otras no y se obliga a que las condenas sean indexadas olvidado que la inflación se ve suprimida en los ejercicios financieros, pues estos se establecen con el IPC actualizado.

Asimismo, señaló que no se deba restituir estos conceptos a costa del patrimonio del fondo, pues los dineros pagados a las aseguradoras nunca estuvieron en su poder y si se hiciera a través de una indemnización de perjuicios no se estableció un nexo causal entre la afiliación y el daño y, no puede entenderse como daño, la diferencia en el monto de la mesada pensional, tampoco procedería esta condena a título de sanción pues estaría vulnerando el principio de tipicidad, pues la norma no establece el deber de restituir con sus propios recursos este concepto.

Adujo, que no está de acuerdo con acogido por la Corte Suprema de Justicia referente al detrimento establecido en el artículo 663 – no dice la norma – porque no se probó la mala fe y, por ende, no está obligada a trasladar los rendimientos, además no se puede hablar de detrimentos porque son conceptos autorizados por la ley y tampoco hay deterioro, pues el valor de los rendimientos duplicó el monto de las cotizaciones.

En cuanto a la prescripción, indicó que el porcentaje destinado a gastos de administración son derechos crediticios, que no están destinados a financiar las pensiones, por lo que, no es cierto que son imprescriptibles.

COLPENSIONES pretende que sea revocada la sentencia. En sustento de la alzada, indicó que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado; que debe tenerse en cuenta un pronunciamiento del Tribunal Superior de Pereira, en el que se indicó que la simple manifestación de inconformidad con el valor de la mesada pensional no es óbice para considerar que el traslado estuvo movido por el engaño o una equivocación en la información.

Manifestó, que no se logró probar que la información brindada fue falaz y que para el momento del traslado solo existía la obligación de brindar información sobre las condiciones del traslado, por lo que no hay lugar a declarar la ineficacia, y lo que existió fue un desinterés del demandante que cotizó al RAIS por más de veinte (20) años y realizó más de cuatro (4) traslados horizontales.

V. CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Skandia S.A., Protección S.A., Porvenir S.A y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en lo que esta última no apeló, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el demandante suscribió el formulario de afiliación a Colmena, hoy Protección S.A. 9 de enero de 1996 (f.º133), el cual se hizo efectivo el **1º de febrero de 1996** (f.º116); **ii)** que se trasladó a Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A. 8 de junio de 2004 y se hizo efectivo el 1º de agosto de 2004; **iii)** que se trasladó a Old Mutual el 30 de junio de 2010, el cual se hizo efectivo el 1º de agosto de 2010 (f.º116); **iv)** que se trasladó a Colfondos el 8 de junio de 2011, mismo que se hizo efectivo el 1º de agosto de 2011; y **v)** que se trasladó de nuevo a Porvenir S.A. el 26 de septiembre de 2012, haciéndose efectivo el 1º de noviembre de 2012 (f.º116).

Conforme a los antecedentes, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Protección S.A. es ineficaz por falta de información y, si como consecuencia de lo anterior, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados, gastos de administración, rendimientos, primas previsionales y la suma destinada al fondo de garantía de pensión mínima.

DEBER DE INFORMACIÓN

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterada y pacífica jurisprudencia ha considerado que, desde la implementación del sistema de seguridad social en pensiones, que creó a las administradoras privadas de pensiones, se estableció la obligación de informar al momento de traslado en forma clara, precisa y oportuna, las características de los regímenes pensionales, para garantizar que los afiliados al sistema puedan tomar decisiones debidamente informadas, con fundamento en el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Lo anterior, debido a que estas entidades cuentan con responsabilidades sociales y profesionales intrínsecas a su labor, que las obligan, desde su misma creación, a acompañar al afiliado y suministrarle información clara, veraz, prudente, comprensible y efectiva sobre las consecuencias de la elección de un determinado régimen pensional, teniendo en cuenta sus condiciones particulares y la historia laboral (CSJ SL 5280-2021).

De modo que, el acto de traslado debe ir precedido de una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional cumplimiento que 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 este sentido, se ha indicado que no hay una manifestación libre y voluntaria cuando el afiliado desconoce la incidencia que tiene el traslado en sus derechos prestacionales, de ahí que, no pueda estimarse satisfecho este requisito con la simple expresión genérica que se plasman en los formularios de afiliación.

Asimismo, no desconoce esta Sala de Decisión que el deber de información con el pasar del tiempo se ha intensificado y con ello las obligaciones a cargo de las administradoras de pensiones, de ahí que, del deber de información necesaria (1993-2009) se pasó 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 (CSJ SL4062-2021).

CARGA PROBATORIA

Tal como lo ha fijado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quienes tienen la obligación de acreditar el cumplimiento del deber de información son los fondos de pensiones, pues tienen la posición más favorable, ya que la documentación soporte del traslado debe conservarse en sus archivos.

Adicionalmente, al centrarse el debate en que los fondos de pensiones no suministraron la información pertinente, no se le puede exigir al afiliado una prueba sobre esta manifestación, pues corresponde a un supuesto de hecho negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que si cumplió con esta obligación (SL1957-2022).

TRASLADO SIN CONDICIONES ESPECIALES

Es imperioso reiterar que, el deber de información a cargo del fondo de pensiones, para la época del traslado, se circunscribe a suministrar información suficiente y transparente que permitiera al afiliado vincularse al régimen que más le favoreciera, de modo que, es indiferente para esta Sala de Decisión y así lo ha manifestado la Sala de Casación Laboral en su jurisprudencia, que el afiliado deba ser beneficiario del régimen de transición o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia como incumplimiento de este deber y menos si el traslado genera algún tipo de perjuicio, pues se itera, *«la violación al deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (SL1452-2019).

CASO CONCRETO

Sea lo primero precisar, que tal como se desprende de los medios de convicción del proceso, la solicitud de vinculación ante el fondo de pensiones Protección S.A. se realizó el **9 de enero de 1996**, y se hizo efectiva el **1° de febrero de 1996**, cuando el deber de información se encontraba en la primera etapa, según la cual, debe entregar información suficiente y transparente que le permita al afiliado elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajuste a sus intereses.

De ahí que, Protección S.A. tenía el deber inexcusable de brindar al afiliado información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculado, de modo que, no se le está imponiendo obligaciones

no previstas en el ordenamiento jurídico como lo expuso el *a quo*, pues esta obligación viene consignada en el numeral 1. ° del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Por otra parte, a pesar de que se firmó el formulario de afiliación bajo un texto pre-impreso sobre la declaración de voluntad, no por este hecho se puede concluir que el acto de traslado estuvo mediando por la voluntad del demandante, pues, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que este tipo de aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, dado que a lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado (CSJ SL1949-2022 que reitera CSJ SL19447-2017).

Ahora bien, con respecto a los actos de relacionamiento y la permanencia en el régimen a través del tiempo, la Sala de Casación Laboral desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual como consecuencia de la falta de información, el acto jurídico no se torna en eficaz por: i) los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas, ii) porque no se haya expresado inconformidad alguna con el sistema o iii) porque ha permanecido en el mismo (CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022).

En ese orden, no puede sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen- actos de relacionamiento- o porque allá permanecido en el régimen por mucho tiempo, 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 del RPM 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, a pesar de que los fondos de pensiones tenían la obligación legal de probar el cumplimiento del deber de información, no lograron probarlo, por el contrario, resulta claro para esta Sala de Decisión que las administradoras de pensiones incumplieron con el deber de brindar información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba retirarse del RPM al que se encontraba afiliado. En consecuencia, se debe declarar la **ineficacia del traslado**, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

La declaración de ineficacia trae como consecuencia suponer que el acto jurídico de traslado 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, es decir, con efectos *ex tunc* (desde siempre).

Bajo este horizonte, resulta totalmente válido que se disponga que los fondos de pensiones privados trasladen a Colpensiones, no sólo el dinero existente en la

cuenta de ahorro individual que incluye los rendimientos, sino lo correspondiente a los bonos pensionales, las primas de seguros previsionales, lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las comisiones y los gastos de administración, conceptos que debe ir debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, así lo ha respaldado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1467-2021 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, 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 al afiliado.

Por lo anterior, se hace necesario modificar el numeral SEGUNDO, TERCERO, CUARTO y QUINTO para adicionar la devolución de los bonos pensionales, gastos de administración, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia por el tiempo que estuvo vinculado en el fondo de pensión, rubros que deben ir debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, pues como lo dispone la sentencia estos hacen parte de la cuenta del demandante y con ellos se financiará 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, la devolución de **manera íntegra** a Colpensiones de todos los dineros aportados por el afiliado al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual.

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala de Decisión 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.

VI. COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas Skandia S.A. Protección S.A., Porvenir 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,

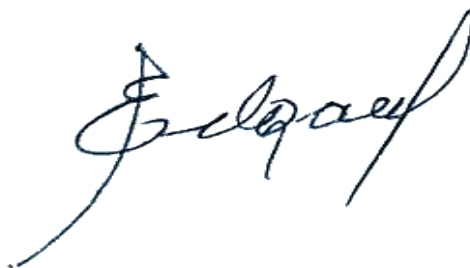
VII. RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR a los numerales SEGUNDO, TERCERO, CUARTO y QUINTO de la sentencia de instancia, en el sentido de **CONDENAR** a las administradoras de fondo de pensiones a trasladar a Colpensiones además de lo ya indicado en esos numerales, lo correspondiente a los bonos pensionales, gastos de administración, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, además de que, al momento de cumplirse la orden dispuesta en este numeral, esta entidad deberá discriminar todos los conceptos ordenados a trasladar con sus respectivos valores, 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 Skandia S.A., Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.

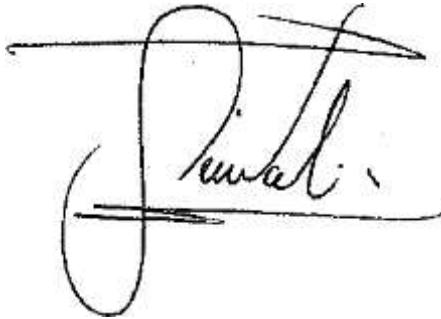
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



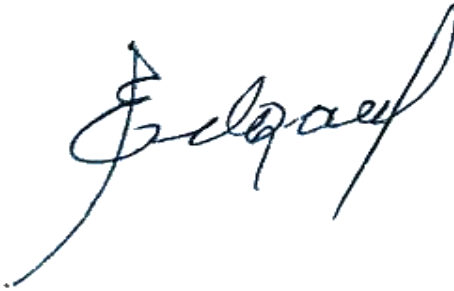
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fija como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Skandia S.A., Porvenir S.A., 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 MARGOTH GUZMÁN MUNAR
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS –
PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS –
PROTECCIÓN.**

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) 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**I. ANTECEDENTES**

La demandante pretende se declare, que al momento del traslado tenía una expectativa legítima de causar el derecho pensional en el RPM; que fue inducida a error y la «nulidad» del traslado que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir S.A. y los posteriores traslados. En consecuencia, solicitó se condene a retornar los valores recibidos por motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, así como los frutos e intereses y los rendimientos financieros a Colpensiones y, a esta última, a reactivar su afiliación; que se acceda a lo probado *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 21 de diciembre de 1960, que cotizó al ISS, hoy Colpensiones desde julio de 1979, hasta agosto de 1999, un total de 230 semanas, que se trasladó régimen pensional administrado por Porvenir

S.A. en **septiembre de 1999**, posteriormente, se trasladó a Protección S.A. en octubre de 2006, y regresó a Porvenir S.A. en mayo de 2010.

Manifestó, que el asesor de Porvenir S.A. le indicó que el traslado al RAIS representaba mayores beneficios y garantías frente a su situación pensional, pues podía pensionarse anticipadamente y en cuantía superior a la ofrecida por RPM, que al momento del traslado los fondos de pensiones omitieron informarle de manera clara la naturaleza del régimen privado y las implicaciones del traslado, por lo que el consentimiento vertido en el formulario estuvo viciado por error.

Dijo, que el fondo de pensiones no entregó la proyección de la mesada pensional y omitió informarle que debía realizar aportes voluntarios para completar el capital mínimo requerido para acceder a la pensión de vejez o equiparar el valor de la mesada que obtendría en el RPM; que el ISS sería reformado, por lo que incrementarían los requisitos para acceder a las prestaciones económicas, reduciría la tasa de reemplazo y le advirtió de los riesgos que conllevaba continuar afiliado en el RPM

Sostuvo, que en respuesta a la solicitud de proyección de la mesada pensional, Porvenir S.A. le comunicó que, en el RAIS a los 58 años, la primera mesada pensional sería de \$ 828.116, mientras que, en el RPM sería de \$4.725.400, lo que en su parecer evidencia que la información suministrada fue errada y que el RPM le resultaba más favorable.

Finalmente, indicó que presentó solicitud de traslado de fondo de pensiones con fundamento en la nulidad de la afiliación al RAIS ante Colpensiones y Porvenir S.A el 18 de septiembre del 2019, Colpensiones no ha dado respuesta, mientras que Porvenir, negó la petición (f.º 5 a 16).

II. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES. Se opuso a las pretensiones relacionadas con la declaratoria de nulidad y el retorno y reactivación de la afiliación en el RPM. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del demandante, la fecha de vinculación al ISS, las semanas cotizadas en el ISS, la fecha de traslado de régimen, la data del traslado a Protección S.A., la calenda del retorno a Porvenir S.A. y la solicitud de traslado con fundamento en la nulidad de la afiliación.

Negó no haber dado respuesta a la petición interpuesta. Frente a los demás hechos, manifestó que no le constaban. En su defensa, propuso como excepciones de mérito *«la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema; buena fe de Colpensiones; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derechos reclamo; prescripción e innominada o genérica»* (f.º 121 a 142).

PROTECCIÓN S.A. se opuso a todas las pretensiones dirigidas contra su entidad. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, por su parte, negó haberle reiterado los *«supuestos beneficios que le reportaría mantenerse afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad»* y haberla inducido al error.

Aclaró que, al momento del traslado, la demandante fue asesorada sobre el sistema general de pensiones, las características, las diferencias, las consecuencias del traslado y la forma de adquirir la pensión en ambos regímenes pensionales para que pudiera tomar una decisión libre e informada e indicó que no puede hablarse de beneficios de alguno de los regímenes porque son diferentes, excluyentes y va a depender de cada caso particular y las expectativas pensionales de cada afiliado.

En su defensa, propuso como excepciones de mérito *«inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de 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»* (f.º 135 a 155).

PORVENIR S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la petición interpuesta y la respuesta dada. Negó no haberle brindado información sobre como acceder a la pensión anticipada, el capital mínimo requerido para acceder a la pensión, y los aportes voluntarios; asimismo, la fecha del traslado de régimen pensional, que tuviera una expectativa legítima y haberla inducido al error.

Aclaró, que brindó una asesoría veraz y oportuna sobre las condiciones, características, requisitos y funcionalidad del RAIS y el RPM, conforme a la normatividad vigente al momento del traslado; que para esa data no existía la obligación de realizar proyecciones pensionales y que solo fue a partir de la normatividad expedida en el 2015, que los fondos adquirieron la obligación de asesoría e información.

Asimismo, indicó que las características del RAIS se encuentran establecidas en la Ley 100 de 1993, lo que le permitía a la afiliado validar la información en cualquier momento; que no la indujo al error porque nunca le aseguro el monto pensional ni indicó que este iba ser superior o inferior a otro régimen; que el traslado se efectuó a través de Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A. el 11 de marzo de 1997, y se hizo efectivo a partir del 1° de mayo de 1997, y el último traslado a su entidad fue el 27 de marzo de 2010.

En su defensa, propuso como excepciones de mérito «*prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe*» (f.º 238 a 252).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 21 de octubre de 2021 (f.º 397, CD 2), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación que hizo la señora MARGOTH GUZMÁN MUNAR al RAIS a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS HORIZONTES SA hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. suscrita el 11 de marzo de 1997 de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora MARGOTH GUZMÁN MUNAR nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, contrario a ello, siempre estuvo en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MARGOTH GUZMÁN MUNAR como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, es decir lo que tenga la demandante en la actualidad en su cuenta de ahorro individual o al momento de realizarse el traslado, junto con los gastos de administración, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN a trasladar a la ADMINISTRADORA

COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – los valores que haya deducido por concepto de gastos de administración de los aportes que haya efectuado la demandante, conforme a lo motivado.

QUINTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir a la señora MARGOTH GUZMÁN MUNAR, como afiliada, actualizar y corregir su historia laboral y una vez reciba estos dineros de PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A.

Como fundamento de su decisión, indicó que el problema jurídico consistía en establecer si al momento suscripción del formulario de vinculación al RAIS se brindó a la demandante información suficiente sobre las características, ventajas y desventajas de los regímenes pensionales.

Para el efecto, expuso que, la afiliación a cualquiera de los regímenes pensionales debe ser libre y voluntaria que se realizará por escrito con el diligenciamiento del formulario de vinculación como lo hizo la demandante – literal b) artículo 13 Ley 100 de 1993, y el artículo 11 del Decreto 692 de 1994– ; asimismo, mencionó que el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, impuso la obligación a las entidades financieras de suministrar información suficiente y transparente a los afiliados que les permitiera escoger las mejores opciones del mercado y la sanción prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, cuando se atente contra el derecho de la libre elección del afiliado.

Manifestó, que la jurisprudencia ha adocinado que los fondos de pensiones desde su creación tienen el deber legal de brindar información clara, comprensible y suficiente a los potenciales afiliados de las características y condiciones de acceso, ventajas y desventajas de los regímenes pensionales y las consecuencias del traslado, incluso tienen el deber del buen consejo; que la simple manifestación de voluntad plasmada en un formulario de vinculación no es suficiente para acreditar el cumplimiento del deber de información; que la carga de la prueba le corresponde a los fondos de pensiones y la violación del deber de información se pueda dar incluso si la persona tiene o no un derecho consolidado o sea beneficiario o no del régimen de transición.

Sostuvo, que la demandante firmó el formulario de vinculación el **11 de marzo de 1997**, cuando el fondo de pensiones tenía la obligación de suministrar información en los términos antes indicados; sin embargo, no acreditó el cumplimiento de este deber, pues formulario de vinculación es insuficiente para este fin, no allegó documento adicional donde conste la asesoría que le fue dada, en el interrogatorio de parte no se logró confesión en este sentido y las campañas masivas que adelantó el

fondo no desplazan el deber de información que tenía al momento del traslado de régimen.

Asimismo, señaló que no puede sanearse la omisión del cumplimiento del deber de información por el hecho de que la demandante tuviera la obligación de informarse sobre los regímenes pensionales existentes, pues reitera esta corresponde a los fondos de pensiones.

Por lo anterior, concluyó que en el traslado de régimen pensional hubo ausencia de una libertad informada y como lo ha señalado la jurisprudencia de la CSJ lo procedente es declarar la ineficacia de la afiliación y no la nulidad, por ende, el afiliado no debe demostrar la existencia de vicios en el consentimiento, lo cual no cambia a pesar de existir traslados horizontales, pues el cumplimiento del deber de información se verifica al momento del traslado de régimen, sin importar la información que se brindó con posterioridad, por lo que declaró la ineficacia con las consecuencias de esta esta institución.

Finalmente, frente a la prescripción, sostuvo que, la jurisprudencia ha reiterado que la acción de ineficacia no prescribe porque los hechos y los estados jurídicos no están sujetos a esta institución, al igual que los gastos de administración, porque estos forman parte inescindible del derecho a la seguridad social que es imprescriptible.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El **DEMANDANTE** Solicita sea revocada la sentencia en lo correspondiente al numeral 7° de la parte resolutive, pues no condenó en costas a la parte vencida dentro del proceso. Sostuvo que la condena en costas es una situación objetiva que no amerita ninguna calificación, pues procede contra la parte vencida dentro del proceso, por este motivo, todos los fondos que generaron oposición a las pretensiones y fueron vencidos en el trámite judicial deben condenarse en costas.

PORVENIR S.A. pretende que se absuelva. En sustento de la alzada, manifestó que el fondo de pensiones cumplió con el deber de información que le asistía al momento del traslado inicial, año 1997, pues la normatividad vigente para ese momento — artículo 14 del Decreto 3466 de 1982, artículo 30 del Decreto 663 de 1993 y artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 —, no exigía brindar la información en los términos señalados por la sentencia, por lo que, hace un análisis anacrónico del cumplimiento del deber de información, al exigirle requisitos no vigente para el momento del traslado.

Dijo, que en caso de declararse la ineficacia del traslado, solicitó que se analizaran las condenas impuestas, en lo referente a la devolución de los gastos de administración, pues son sumas descontadas por autorización de la Ley y utilizadas para generar los rendimientos financieros, por lo que corresponde a la buena gestión de la entidad, ordenar la devolución implica un enriquecimiento a favor de Colpensiones. En cuanto a la prescripción, indicó que esta aplica a los gastos de administración pues estos no están dirigidos a financiar la pensión de vejez.

PROTECCIÓN S.A. interpone en el recurso de alzada con la finalidad que sea revocada la sentencia de forma parcial. En sustento, señala que los gastos de administración son un descuento autorizado por la Ley como contraprestación de la buena administración; además, son valores causados, en los que opera la prescripción pues se trata de una obligación de tracto sucesivo y no financia la pensión de vejez, aunado a que el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 no dispuso que el traslado de régimen comprendiera el reintegro de estas sumas.

COLPENSIONES solicita que sea revocada la sentencia de instancia. En sustento de la alzada, manifiesta que, la afiliación al RAIS se hizo de manera libre y voluntaria; que el *a quo* desconoció el precedente frente a la procedencia de la inversión de la carga de la prueba, pues debe tenerse en cuenta las actitudes de los afiliados como actos de entendimiento, además de que se no demostró vicios en el consentimiento.

V. CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la demandante, Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones, así como en grado jurisdiccional de consulta en lo que esta última no apeló, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: i) que la demandante realizó aportes al ISS, hoy Colpensiones desde el 7 de julio de 1979, hasta el 31 de marzo de 1997, un total de 237,71 semanas (f.º106, CD1) ii) que suscribió el formulario de afiliación a Horizontes Pensiones y Cesantías S.A, hoy Porvenir S.A. el **11 de marzo de 1997** (f.º 302), traslado que se hizo efectivo el **1º de mayo de 1997** (f.º303) iii) que suscribió el formulario de afiliación a Santander Pensiones y Cesantías, hoy Protección S.A. el 31 de agosto de 2006 (f.º 157), traslado que se hizo efectivo el 1º de octubre de 2006 (f.º166), y iv) que finalmente, retorno a

Porvenir S.A. y suscribió formulario de afiliación el 27 de marzo de 2010, traslado que se hizo efectivo el 1° de mayo de 2010 (f.º303).

Conforme a los antecedentes, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A. es ineficaz por falta de información y, si como consecuencia de lo anterior, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados, gastos de administración, rendimientos, primas previsionales y la suma destinada al fondo de garantía de pensión mínima.

DEBER DE INFORMACIÓN

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterada y pacífica jurisprudencia ha considerado que, desde la implementación del sistema de seguridad social en pensiones, que creó a las administradoras privadas de pensiones, se estableció la obligación de informar al momento de traslado en forma clara, precisa y oportuna, las características de los regímenes pensionales, para garantizar que los afiliados al sistema puedan tomar decisiones debidamente informadas, con fundamento en el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Lo anterior, debido a que estas entidades cuentan con responsabilidades sociales y profesionales intrínsecas a su labor, que las obligan, desde su misma creación, a acompañar al afiliado y suministrarle información clara, veraz, prudente, comprensible y efectiva sobre las consecuencias de la elección de un determinado régimen pensional, teniendo en cuenta sus condiciones particulares y la historia laboral (CSJ SL 5280-2021).

De modo que, el acto de traslado debe ir precedido de una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional cumplimiento que 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 este sentido, se ha indicado que no hay una manifestación libre y voluntaria cuando el afiliado desconoce la incidencia que tiene el traslado en sus derechos prestacionales, de ahí que, no pueda estimarse satisfecho este requisito con la simple expresión genérica que se plasman en los formularios de afiliación.

Asimismo, no desconoce esta Sala de Decisión que el deber de información con el pasar del tiempo se ha intensificado y con ello las obligaciones a cargo de las administradoras de pensiones, de ahí que, del deber de información necesaria (1993-2009) se pasó 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 (CSJ SL4062-2021).

CARGA PROBATORIA

Tal como lo ha fijado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quienes tienen la obligación de acreditar el cumplimiento del deber de información son los fondos de pensiones, pues tienen la posición más favorable, ya que la documentación soporte del traslado debe conservarse en sus archivos.

Adicionalmente, al centrarse el debate en que los fondos de pensiones no suministraron la información pertinente, no se le puede exigir al afiliado una prueba sobre esta manifestación, pues corresponde a un supuesto de hecho negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que si cumplió con esta obligación (SL1957-2022).

TRASLADO SIN CONDICIONES ESPECIALES

Es imperioso reiterar que, el deber de información a cargo del fondo de pensiones, para la época del traslado, se circunscribe a suministrar información suficiente y transparente que permitiera al afiliado vincularse al régimen que más le favoreciera, de modo que, es indiferente para esta Sala de Decisión y así lo ha manifestado la Sala de Casación Laboral en su jurisprudencia, que el afiliado deba ser beneficiario del régimen de transición o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia como incumplimiento de este deber y menos si el traslado genera algún tipo de perjuicio, pues se itera, *«la violación al deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (SL1452-2019).

CASO CONCRETO

Sea lo primero precisar, que tal como se desprende de los medios de convicción del proceso, la solicitud de vinculación ante el fondo de pensiones Horizontes

Pensiones y Cesantías S.A, hoy Porvenir S.A. se realizó el **11 de marzo de 1997** (f.º 302), y el traslado se hizo efectivo el **1º de mayo de 1997**, cuando el deber de información se encontraba en la primera etapa, según la cual, se debe entregar información suficiente y transparente que le permita al afiliado elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajuste a sus intereses.

De ahí que, Porvenir S.A. tenía el deber inexcusable de brindar a la afiliada información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculada, de modo que, no se le está imponiendo obligaciones no previstas en el ordenamiento jurídico como lo expuso el *ad quo*, pues esta obligación viene consignada en el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Por otra parte, a pesar de que se firmó el formulario de afiliación bajo un texto pre-impreso «*voluntad de selección y afiliación*», no por este hecho se puede concluir que el acto de traslado estuvo mediando por la voluntad de la demandante, pues, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que este tipo de aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, dado que a lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado (CSJ SL1949-2022 que reitera CSJ SL19447-2017).

Ahora bien, con respecto a los actos de relacionamiento y la permanencia en el régimen a través del tiempo, la Sala de Casación Laboral desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, como consecuencia de la falta de información, el acto jurídico no se torna en eficaz por: i) los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas, ii) porque no se haya expresado inconformidad alguna con el sistema o iii) porque ha permanecido en el mismo (CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022).

En ese orden, no puede sostenerse que al haber realizado la afiliada traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen- actos de relacionamiento- o porque allá permanecido en el régimen por mucho tiempo, 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, a pesar de que los fondos de pensiones tenían la obligación legal de probar el cumplimiento del deber de información, no lograron probarlo, por el contrario, resulta claro para esta Sala de Decisión que las administradoras de pensiones incumplieron con el deber de brindar información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba retirarse del RPM al que se

encontraba afiliada. En consecuencia, se debe declarar la **ineficacia del traslado**, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

La declaración de ineficacia trae como consecuencia suponer que el acto jurídico de traslado 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, es decir, con efectos *ex tunc* (desde siempre).

Bajo este horizonte, resulta totalmente válido que se disponga que los fondos de pensiones privados trasladen a Colpensiones, no sólo el dinero existente en la cuenta de ahorro individual que incluye los rendimientos, sino lo correspondiente a los bonos pensionales, las primas de seguros previsionales, lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las comisiones y los gastos de administración, conceptos que debe ir debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, así lo ha respaldado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1467-2021 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, 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 anterior, se hace necesario modificar el numeral TERCERO y CUARTO de la decisión de instancia, para adicionar la devolución de las comisiones, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia por el tiempo que estuvo vinculada en cada uno de los fondos, rubros que deben ir debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, toda vez que el a quo omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, pues como lo dispone la sentencia estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos se financiará 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, la devolución de **manera íntegra** a Colpensiones de todos los dineros aportados por la afiliada al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual.

CONDENA EN COSTAS

En cuanto a la falta de condena en costas en primera instancia, de lo cual se duele la parte actora, cabe mencionar que el numeral 1° del artículo 365 del CGP, establece de manera clara que debe ser condenada en costas la parte vencida en juicio. Conforme a ello, como quiera que Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A.

presentaron oposición a las pretensiones y fueron condenadas en esa instancia, resulta procedente ordenarles el pago de costas; por lo tanto, se **MODIFICARÁ EL NUMERAL SEPTIMO** del fallo de primera instancia.

PRESCRIPCIÓN

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

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

VI. COSTAS

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

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

VII. RESUELVE

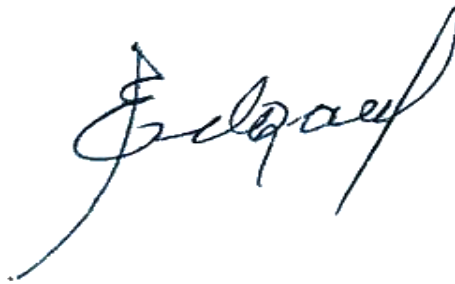
PRIMERO: ADICIONAR al numeral TERCERO y CUARTO de la sentencia de instancia, en el sentido de **CONDENAR** a PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones además de lo ya indicado en este numeral, lo correspondiente a las comisiones, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, además de que, al momento de cumplirse la orden dispuesta en este numeral, esta entidad deberá discriminar todos los conceptos ordenados a trasladar con sus respectivos valores, el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral SÉPTIMO de la sentencia de primer nivel, en el sentido de condenar en costas a Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A.

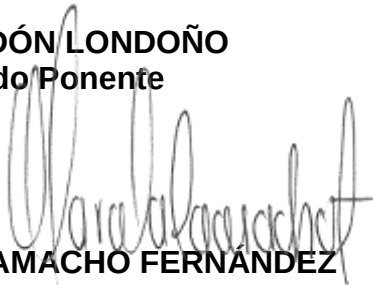
TERCERO. CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada.

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

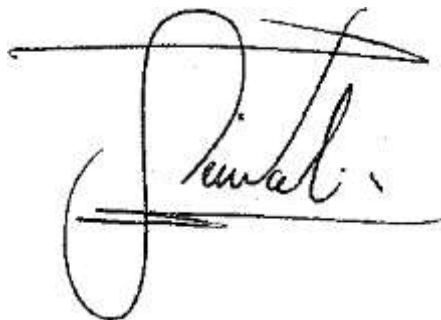
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

Se fija como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones., Porvenir S.A. y Protección 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 DORA ÁNGELA CASTAÑEDA MARTÍN CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) 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**I. ANTECEDENTES**

La demandante pretende se declare la «*nulidad*» del traslado que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. En consecuencia, solicitó se condene a Porvenir S.A. a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora a Colpensiones; que se acceda a lo probado *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 27 de marzo de 1958; que cotizó al ISS desde el 11 de enero 1991; que al 1° de abril de 1994, tenía 36 años y era beneficiaria del régimen de transición y se trasladó de régimen pensional el **23 de abril de 2002**; que al momento del traslado, el asesor del RAIS le informó que el ISS se acabaría; que las condiciones para el reconocimiento de la pensión iban hacer más beneficiosas; y que podría pensionarse a cualquier edad; asimismo, manifestó que la función de los asesores del fondo de pensiones era comercial, por lo que los

conocimientos no eran suficientes para informar en debida forma sobre las condiciones y requisitos para el reconocimiento pensional en ambos regímenes pensionales y no se encontraban capacitados para dar buen consejo.

Sostuvo, que Porvenir S.A. indicó que realizó 569 cotizaciones al RPM, mientras que, Colpensiones informó que habían sido 360,43 semanas; que en el RAIS acreditó un 752; que ha cotizado al sistema general de pensiones un total de 1321 semanas; que solicitó ante Colpensiones y Porvenir S.A. el 12 de julio de 2019, información con respecto a la afiliación y la nulidad del traslado, ambas negaron la petición de nulidad, el 18 y 23 de julio de 2019, respectivamente; que Porvenir S.A. remitió simulación pensional el 3 de abril de 2017, en la cual la mesada pensional al cumplir de 60 a 62 años sería de \$737.717, mientras que en el RPM la mesada pensional sería de \$2.500.000 (f.º 2 a 10 y 52 a 56).

II. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la fecha de traslado de régimen, la solicitud de nulidad y la respuesta brindada. Los demás supuestos fácticos los negó. Aclaró, que el traslado de régimen pensional estuvo mediado por una asesoría completa, clara y veraz acerca de las ventajas, desventajas y características contenidas en el RAIS, razón por la cual, la demandante pudo tomar una decisión libre y voluntaria; que en todo caso, las características del RAIS se encuentran establecidas en la Ley 100 de 1993, lo que le permitía validar la información en cualquier momento; que cumplió con el deber de información que le era oponible a la fecha del traslado, que explicó las condiciones para acceder a las prestaciones en el RAIS; que los asesores estaban plenamente capacitados; que en su reporte aparece cotizadas al RPM 568 semanas. Frente a los demás hechos, manifestó que no le constaban.

En su defensa, propuso como excepciones de mérito *«prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe»* (f.º 91 a 102).

COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la solicitud de nulidad y la respuesta dada. Negó la fecha de afiliación al ISS y la totalidad de semanas cotizadas al RPM. Por su parte, aclaró que la fecha de afiliación fue el 20 de diciembre de 1994, y que cotizó al ISS un total de 363 semanas. Frente a los demás hechos manifestó

que no le constaban. En su defensa, propuso como excepciones de mérito 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; buena fe de Colpensiones; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción, intereses moratorios, improcedencia del traslado de régimen del pensionado e innominada o genérica»* (f.º164 a 175).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 28 de septiembre de 2021 (f.º262, CD4), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación que hizo la señora DORA ÁNGELA CASTAÑEDA MARTÍN al RAIS a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., el 23 de abril del año 2002, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora DORA ÁNGELA CASTAÑEDA MARTÍN nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, contrario a ello, siempre estuvo en el Régimen de Prima Media con Prestación Definitiva.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora DORA ÁNGELA CASTAÑEDA MARTÍN como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, es decir, lo que tenga el demandante en la actualidad en su cuenta de ahorro individual o al momento de realizarse el traslado, junto con los gastos de administración, conforme la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recibir a la señora DORA ÁNGELA CASTAÑEDA MARTÍN como su afiliada, actualizar y corregir la historia laboral una vez reciba estos dineros de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Como fundamento de su decisión, indicó que el problema jurídico consistía en establecer si al momento suscripción del formulario de afiliación la administradora de fondo de pensiones cumplió con el deber de información.

Para el efecto, expuso que la afiliación a cualquiera de los regímenes pensionales debe ser libre y voluntaria – literal b, artículo 13 Ley 100 de 1993 y numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993– mediante la entrega de información suficiente y transparente que permita al afiliado elegir entre las distintas opciones del mercado y que la información comprende la descripción de las características, condiciones, accesos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales.

Adujo, que de acuerdo con la jurisprudencia, el deber de brindar información recae sobre los fondos de pensiones, se debe evaluar su cumplimiento de acuerdo al momento histórico; que el simple consentimiento en el formulario de vinculación no es suficiente para acreditar su cumplimiento; que la carga de la prueba corresponde a los fondos de pensiones y que la violación a este deber puede darse incluso si la persona tiene o no un derecho consolidado o es beneficiario o no del régimen de transición.

En virtud de lo anterior, señaló que al momento de traslado de la demandante el fondo de pensiones tenía la obligación de dar a conocer como mínimo las características de ambos regímenes pensionales, lo cual no acreditó Porvenir S.A, pues no aportó los elementos probatorios que dieran fe que previo a la suscripción del formulario de vinculación le hubiera brindado la información en los términos indicados, que la campaña masiva iniciada por los fondos para el retorno al RPM no tiene la entidad de desplazar el deber de información que le incumbía y que en el interrogatorio de parte no se logró establecer confesión alguna.

Concluyó, que el traslado del demandante no estuvo mediado de la información necesaria, por lo cual infiere la ausencia de libertad informada y la omisión del fondo de pensiones en el cumplimiento del deber de información y la consecuente declaratoria de ineficacia, con las consecuencias que esta declaratoria deriva, por lo que el afiliado no debe demostrar vicios en el consentimiento.

Frente a la prescripción, sostuvo que la jurisprudencia ha reiterado que la acción de ineficacia no prescribe porque los hechos y los estados jurídicos no están sujetos a esta institución.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. solicita sea revocada la sentencia de instancia. En sustento del recurso, expone que, la afiliación fue valida y eficaz, pues para el momento del traslado el único documento que se requería para hacer válida la afiliación era el

formulario de vinculación, el cual firmó; que la normatividad vigente al momento del traslado solo exigía que los afiliados fueran informados de las características del régimen pensional, pues su finalidad era impedir la coacción en el derecho a la libre elección, situación que se acreditó pues a la demandante se le informó de las características del RAIS y que ratificó su traslado con el tiempo de vinculación y cotización.

Indicó, que se le debe dar valor probatorio al formulario de vinculación; que no pueden hacerse exigibles obligaciones no vigentes al momento del traslado; que del interrogatorio de parte quedó demostrado que la actora pretende la ineficacia no por falta al deber de información sino por la inconformidad con el monto de la mesada pensión y que esta inconformidad no es óbice para declarar la ineficacia, menos aún porque las condiciones de financiación en cada régimen son diferentes.

Consideró, que la condena a devolver los gastos de administración en contradictoria, pues si lo que se pretende con la ineficacia es dejar sin efecto el acto jurídico de traslado, la actora no tendría derecho a los rendimientos financieros, por lo que con esa decisión se desconocen la igualdad y los efectos de la declaratoria de ineficacia; que la deducción de estos aportes se hizo por mandato legal y una correcta administración de los recursos.

COLPENSIONES pretende que la sentencia sea revocada. En sustento, manifiesta que no se tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica, pues esa entidad es un tercero de buena fe que no puede verse afectado por el retorno de la demandante al RPM y que esto afectaría el equilibrio financiero. Agregó, que la demandante esta incurso en la prohibición de traslado; que se condene al fondo de pensiones privado a reconocerle los perjuicios económicos que se le causen a su entidad.

V. CONSIDERACIONES

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

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: i) que la demandante realizó aportes al ISS desde el 6 de abril de 1994, hasta el 31 de mayo de 2002, un total de 363 semanas, de acuerdo con la historia laboral

aportada por Colpensiones, actualizada al 6 de abril de 2021 (f.º188, CD1); y **ii)** que suscribió formulario de afiliación a Porvenir S.A. el **23 de abril de 2002** (f.º129) y el traslado se hizo efectivo el **1º de junio de 2002** (f.º130).

Conforme a los antecedentes, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A. es ineficaz por falta de información y, si como consecuencia de lo anterior, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados, gastos de administración, rendimientos, primas previsionales y la suma destinada al fondo de garantía de pensión mínima.

DEBER DE INFORMACIÓN

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterada y pacífica jurisprudencia ha considerado que, desde la implementación del sistema de seguridad social en pensiones, que creó a las administradoras privadas de pensiones, se estableció la obligación de informar al momento de traslado en forma clara, precisa y oportuna, las características de los regímenes pensionales, para garantizar que los afiliados al sistema puedan tomar decisiones debidamente informadas, con fundamento en el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Lo anterior, debido a que estas entidades cuentan con responsabilidades sociales y profesionales intrínsecas a su labor, que las obligan, desde su misma creación, a acompañar al afiliado y suministrarle información clara, veraz, prudente, comprensible y efectiva sobre las consecuencias de la elección de un determinado régimen pensional, teniendo en cuenta sus condiciones particulares y la historia laboral (CSJ SL 5280-2021).

De modo que, el acto de traslado debe ir precedido de una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional cumplimiento que 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 este sentido, se ha indicado que no hay una manifestación libre y voluntaria cuando el afiliado desconoce la incidencia que tiene el traslado en sus derechos prestacionales, de ahí que, no pueda estimarse satisfecho este requisito con la simple expresión genérica que se plasman en los formularios de afiliación.

Asimismo, no desconoce esta Sala de Decisión que el deber de información con el pasar del tiempo se ha intensificado y con ello las obligaciones a cargo de las administradoras de pensiones, de ahí que, del deber de información necesaria (1993-2009) se pasó 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 (CSJ SL4062-2021).

CARGA PROBATORIA

Tal como lo ha fijado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quienes tienen la obligación de acreditar el cumplimiento del deber de información son los fondos de pensiones, pues tienen la posición más favorable, ya que la documentación soporte del traslado debe conservarse en sus archivos.

Adicionalmente, al centrarse el debate en que los fondos de pensiones no suministraron la información pertinente, no se le puede exigir al afiliado una prueba sobre esta manifestación, pues corresponde a un supuesto de hecho negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que si cumplió con esta obligación (SL1957-2022).

TRASLADO SIN CONDICIONES ESPECIALES

Es imperioso reiterar que, el deber de información a cargo del fondo de pensiones, para la época del traslado, se circunscribe a suministrar información suficiente y transparente que permitiera al afiliado vincularse al régimen que más le favoreciera, de modo que, es indiferente para esta Sala de Decisión y así lo ha manifestado la Sala de Casación Laboral en su jurisprudencia, que el afiliado deba ser beneficiario del régimen de transición o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia como incumplimiento de este deber y menos si el traslado genera algún tipo de perjuicio, pues se itera, *«la violación al deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (SL1452-2019).

CASO CONCRETO

Sea lo primero precisar, que tal como se desprende de los medios de convicción del proceso, la solicitud de vinculación ante el fondo de pensiones Porvenir S.A. se realizó el **23 de abril de 2002** (f.º129) y el traslado se hizo efectivo el **1º de junio de 2002** (f.º130), cuando el deber de información se encontraba en la primera etapa, según la cual, debe entregar información suficiente y transparente que le permita al afiliado elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajuste a sus intereses.

De ahí que, Porvenir S.A. tenía el deber inexcusable de brindar a la afiliada información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculada, de modo que, no se le está imponiendo obligaciones no previstas en el ordenamiento jurídico como lo expuso el *ad quo*, pues esta obligación viene consignada en el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Por otra parte, a pesar de que se firmó el formulario de afiliación bajo un texto pre-impreso, no por este hecho se puede concluir que el acto de traslado estuvo mediando por la voluntad de la demandante, pues, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que este tipo de aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, dado que a lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado (CSJ SL1949-2022 que reitera CSJ SL19447-2017).

Ahora bien, con respecto a los actos de relacionamiento y la permanencia en el régimen a través del tiempo, la Sala de Casación Laboral desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, como consecuencia de la falta de información, el acto jurídico no se torna en eficaz por: i) los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas, ii) porque no se haya expresado inconformidad alguna con el sistema o iii) porque ha permanecido en el mismo (CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022).

En ese orden, no puede sostenerse que porque allá permanecido en el régimen por mucho tiempo, 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 del RPM 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.

Bajo el anterior contexto, a pesar de que los fondos de pensiones tenían la obligación legal de probar el cumplimiento del deber de información, no lograron probarlo, por el contrario, resulta claro para esta Sala de Decisión que las administradoras de pensiones incumplieron con el deber de brindar información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba retirarse del RPM al que se encontraba afiliada. En consecuencia, se debe declarar la **ineficacia del traslado**, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

La declaración de inejecacia trae como consecuencia suponer que el acto jurídico de traslado 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, es decir, con efectos *ex tunc* (desde siempre).

Bajo este horizonte, resulta totalmente válido que se disponga que los fondos de pensiones privados trasladen a Colpensiones, no solo el dinero existente en la cuenta de ahorro individual que incluye los rendimientos, sino lo correspondiente a los bonos pensionales, las primas de seguros previsionales, lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las comisiones y los gastos de administración, conceptos que debe ir debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, así lo ha respaldado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1467-2021 adoctrinó:

[...] en la medida que la inejecacia 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 inejecaz, 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, 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 a la afiliada.

Por lo anterior, se hace necesario modificar el numeral TERCERO para adicionar la devolución de los gastos de administración, comisiones, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia por el tiempo que estuvo vinculada en el fondo de pensiones, rubros que deben ir debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, pues como lo dispone la sentencia estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos se financiará 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, la devolución de **manera íntegra** a Colpensiones de todos los dineros aportados por el afiliado al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual.

PRESCRIPCIÓN

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

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

VI. 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,

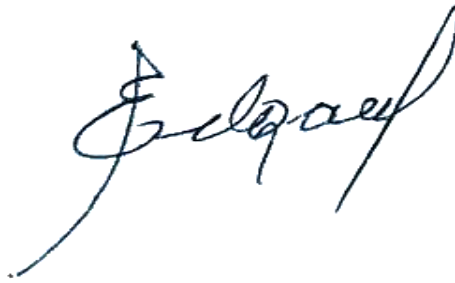
VII. RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral TERCERO de la sentencia de instancia, en el sentido de **CONDENAR** a PROVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones además de lo ya indicado en este numeral, lo correspondiente a los gastos de administración, comisiones, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, además de que al momento de cumplirse la orden dispuesta en este numeral, esta entidad deberá discriminar todos los conceptos ordenados a trasladar con sus respectivos valores, 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 Colpensiones y Porvenir S.A.

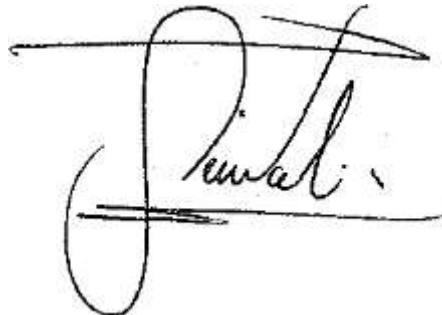
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



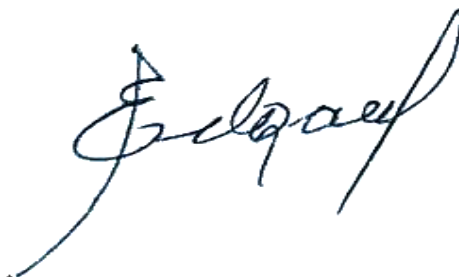
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fija como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A., 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 DORIS ESTELLA GÓMEZ SÁNCHEZ CONTRA AFP PROTECCIÓN S.A., JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA**

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) 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 **DORIS ESTELLA GÓMEZ SÁNCHEZ**, se declare que los dictámenes No. 39799404 del 24 de abril de 2014, emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca y No. 39799404 del 16 de abril de 2015, proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, es contrario a la ley; que se declare que tiene una pérdida capacidad laboral en un porcentaje igual o superior al 70%, con la misma fecha de estructuración señalada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca del 12 de febrero de 2014, acorde con las múltiples patologías que padece.

En consecuencia de lo anterior, se declare que tiene derecho que a la AFP Protección S.A., se le reconozca la pensión de invalidez a partir de la fecha de estructuración de la enfermedad 12 de febrero de 2014; se condene a la AFP Protección S.A. al pago del retroactivo pensional a partir de la fecha de estructuración; se condene a la AFP Protección S.A. al pago de intereses moratorios

del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación, costas procesales y se haga uso de las facultades ultra y extra petita.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 3-4), señaló en síntesis, que trabaja para la empresa Brinks de Colombia S.A. desde el 4 de noviembre de 1996; que en el mes de agosto de 2004, sufrió un trauma directo en la rodilla izquierda durante su actividad laboral de la cual no recibió manejo oportuno, que para el mes de diciembre de 2005, presentó inflamación y edema en la rodilla, por lo que debió realizarse resonancia magnética de la cual concluyeron que la rodilla había tenido un cambio inflamatorio severo, derrame articular con cambios inflamatorios sinoviales – bursitis del semimembranoso.

Añadió, que para el 25 de febrero de 2006, le realizaron cirugía condroplastía patelar, condroplastía tibial y sinovectomía con anestesia raquídea en donde le diagnosticaron sinovitis severa en intercóndilo y del receso lateral; que para el año 2008, fue incapacitada por bursitis de rodilla e inflamación de codo y muñeca, tratando las patologías con reumatología; que el 11 de marzo de 2011, le fue practicada una resonancia magnética nuclear diagnosticándosele un aumento en la cantidad de líquido articular en región posterior de la articulación femorotibial y el receso patelo/femoral lateral; que el 27 de enero de 2012, le practicaron una resonancia magnética nuclear de puño derecho en la cual le diagnosticaron tenosinovitis de los tendones extensor, carpus y carpi radiales longus y brevis.

Narró, que el 3 de marzo de 2012, consultó a su médico por un dolor en la mano, antebrazo y hombro derecho, ordenando el médico tratante la reubicación laboral en oficios de carga manual; que el día 21 de julio de 2012, la EPS SURA la remitió al ortopedista Doctor Arnoldo Monje, quien le programó cirugía en el miembro inferior izquierdo; que estuvo en incapacidad médica desde el 29 de septiembre de 2012, hasta la fecha en que le practicaron los dictámenes de calificación de pérdida de capacidad laboral; que el 29 de octubre de 2012, le practicaron RX columna dorsal en donde presentó una disminución discreta de la altura del cuerpo vertebral T7; que el 5 de diciembre de 2012, la Nueva EPS le diagnosticó tenosinovitis de quervain de mano derecha y sinovitis de rodilla izquierda, dictamen origen común.

Agregó, que el 14 de noviembre de 2012, se realizó por parte de la ARL SURA análisis del puesto de trabajo; que el 30 de mayo de 2013, se le diagnosticó lesión en el nervio femoral izquierdo, traumatismo a nivel de la cadera y el muslo; que el 24 de abril de 2014, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá

y Cundinamarca le realizó un dictamen en la cual le otorgaron un porcentaje de pérdida capacidad laboral del 25,53%, con fecha de estructuración 12 de febrero de 2014, de origen común, decisión que fue recurrida; que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez elevó la pérdida de capacidad laboral al 32,79%, conservando fecha de estructuración y origen.

Por último, refirió que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez no valoró todas las enfermedades de manera integral; que no tuvo en cuenta que el médico tratante en control del 27 de abril de 2015, señaló lo siguiente: *«Dx radiculopatía L4 izquierda secundaria a anestesia regional. Fue calificada y le dieron incapacidad de 32,79%, ella es con severa limitación funcional e incapacidad para trabajar. Ella no puede trabajar por dolor, debe continuar incapacitada»*. Acotó, que el día 15 de mayo de 2015, la EPS Sura le comunica que niega el reconocimiento de incapacidad médica del periodo 20 de abril al 19 de mayo de 2015, debido a que existe calificación de pérdida de capacidad laboral con incapacidad permanente parcial; lo cual no da lugar a generación de incapacidades. Finalmente, indicó que actualmente no cuenta con trabajo.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La **Junta Nacional de Calificación de Invalidez** contestó (f.º 118-139), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó fecha de nacimiento de la demandante, fechas en que se practicaron resonancias magnéticas y demás exámenes practicados, dictámenes expedidos por dicha junta y la Junta Regional de Calificación de Invalidez Bogotá y Cundinamarca; respecto de los demás hechos, señaló no se ser ciertos los numerales 31, 38, 39 y 41; en relación a los restantes, dijo no constarle.

Propuso como excepciones de fondo, las de legalidad de la calificación emitida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la variación en la condición clínica del paciente con posterioridad al dictamen de la Junta Nacional exime de responsabilidad a la entidad, improcedencia del petitum, inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen – carga de la prueba a cargo del contradictor, inexistencia de obligación: improcedencia de las pretensiones respecto a la Junta Nacional de Calificación – competencia del Juez Laboral, buena fe y genérica.

La **Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca** contestó (f.º 149-162), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó trauma que sufrió la demandante para el mes de agosto de 2004, exámenes y diagnósticos que se dieron hasta el año 2014, y dictámenes efectuados por las demandadas; respecto de los demás hechos, señaló no constarle.

Propuso como excepciones de fondo, las de falta de título y de causa, inexistencia jurídica de las obligaciones demandadas, falta de legitimación en la causa por pasiva, imposibilidad jurídica de defender el dictamen demandado, inexistencia de la obligación, falta de causa para deprecar la revocatoria del dictamen emitido por la accionada, cobro de lo no debido, buena fe y genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó (f.º 187-209), oponiéndose también a las pretensiones de la demanda. Frente a los hechos, dijo ser cierta la calificación efectuada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca en la cual se dictaminó una pérdida de capacidad laboral inferior al constitutivo de invalidez; en cuanto a los demás manifestó no ser cierto el numeral 41 y no constarle los demás.

Propuso excepciones de mérito, indicando que dictamen proferido en el presente caso por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez está llamado a mantenerse en firme con todos sus efectos, incluso en el evento en el que se determine la demandante una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, deberá determinarse si dicha invalidez es de origen común o laboral, no puede condenarse a Protección S.A. al pago de intereses moratorios, ni de costas procesales y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 5º Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 5 de octubre de 2020 (CD f.º 290), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR como origen de la enfermedad de la señora DORIS ESTELLA GÓMEZ SÁNCHEZ, ORIGEN COMÚN, pérdida de porcentaje de capacidad laboral 53.53% y fecha de estructuración, 06 de marzo de 2013.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A. a pagar a la señora DORIS ESTELLA GÓMEZ SÁNCHEZ una pensión de invalidez a partir del día 20 de abril de 2015 junto con sus reajustes legales y mesada 13 adicional. Esta condena deberá cumplirse dentro del mes siguiente a la ejecutoria de esta sentencia y la prestación deberá ser liquidada conforme lo dispone el artículo 40 de la Ley 100 de 1993.

TERCERO: CONDENAR a la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA y a la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ a cancelar los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 20 de abril de 2015 a favor de la señora DORIS ESTELLA GÓMEZ SÁNCHEZ. Esta condena deberá efectuarse dentro del mes siguiente a que PROTECCIÓN S.A. reconozca la pensión de invalidez y se liquidará desde el 20 de abril de 2015 hasta la fecha que se comience a cancelar dicha prestación. Los intereses serán prorata 50% la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ y 50% la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA.

CUARTO: COSTAS únicamente a cargo de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ y la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA cuarto (4) salarios mínimos como agencias en derecho a cargo de cada una de las juntas.

Fundamentó su decisión, en que de acuerdo a los dictámenes efectuados tanto por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, así como de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez se había determinado como fecha de estructuración de la enfermedad que padece la demandante el 12 de febrero de 2014, y un porcentaje de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%; que durante el trámite del proceso se declaró y practicó un nuevo dictamen por parte de la Universidad Nacional, en la cual se determinó una pérdida de capacidad laboral del 53.53% y fecha de estructuración 06 de marzo de 2013, estableciéndose por parte del perito patologías de origen común y otras de origen laboral, razón por lo cual la AFP Protección consideró que quien debe responder es la ARL.

En relación dicho argumento, refirió el *a quo* que de conformidad con el criterio pacífico de Sala Laboral de casación de la Corte Suprema de Justicia, el juez puede apartarse razonadamente del dictamen si encuentra elementos del juicio dentro del proceso que le indique que puede llegar a una conclusión diferente a la que llegó la Junta o el perito. Adujo, que en el interrogatorio absuelto por el perito Santiago Buendía se dijo que fue la paciente quien le manifestó a su médico tratante que tuvo un accidente de trabajo, quedando de tal manera consignado en la historia clínica; sin embargo, al preguntársele por parte del Juez al perito si existía otro elemento de juicio con el cual se llegará a concluir que fue un origen laboral, el doctor Santiago había respondido: «*si no le creemos a los pacientes, a quien le creemos*»; considerado con ello el operador judicial, que el perito había llegado a la conclusión de que el origen de la enfermedad de la demandante había sido de carácter laboral de manera subjetiva. En relación a lo anterior, sostuvo que a pesar de lo dicho por el auxiliar de la justicia, dentro del expediente no existía prueba alguna que demostrará la existencia de un accidente de trabajo, si bien se encontraba un documento denominado análisis del puesto de trabajo, allí no se hacía referencia de dicho acontecimiento.

De otro lado, indicó que a pesar de lo anterior, el dictamen proferido por el perito Santiago Buendía cumple a cabalidad con las características de la sana crítica, solidez, precisión, idoneidad y calidad en sus fundamentos; determinándose que el origen del dictamen es común. En cuanto a la fecha de estructuración, refirió el sentenciador que se acogía a la establecida en el dictamen que lo fue del 6 de marzo de 2013; sin embargo, la pensión se reconocería a partir del 20 de abril de 2015, fecha en que se dejaron de cancelar las incapacidades a la demandante.

En cuanto a los requisitos de semanas para acceder al derecho pensional, acotó que de acuerdo a la historia laboral aportada al proceso se tenía que la promotora del proceso cumple con las 50 semanas requeridas. Respecto de los intereses moratorios solicitados, indicó que Protección se encontraba legitimada para no reconocer la pensión, toda vez que con los dictámenes proferidos con las Juntas de Calificación de Invalidez no se lograba cumplir con los requisitos, lo que llevó a que la señora Doris debiera mover el aparato judicial para lograr su derecho pensional, siendo entonces las Juntas de Calificación de Invalidez, quienes deben asumir dicha responsabilidad como contraprestación del daño causado de acuerdo a lo establecido en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, normatividad que establece que en todos los procesos judiciales debe valorarse los daños ocasionados a las personas, en relación a los mismos argumentos para la condena de intereses moratorios condenó solo a las Juntas de Calificación de Invalidez al pago de costas procesales.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandante**, interpuso recurso de apelación argumentando que si bien el despacho tiene razón en la condena de los intereses moratorios hacía las Juntas de Calificación de Invalidez de conformidad a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, como también del artículo 2302 del Código Civil; sin embargo, consideró que dicha teoría no se sabía iba ser avalada por el Tribunal, por lo cual su tesis es que el fondo privado tiene unas obligaciones, por lo que no es dable que se tome a sus afiliados de manera masiva, debiéndose tener en cuenta que el fondo cuenta con unos grupos donde se puede remitir a los afiliados para la calificación, pero a pesar de ello no lo hizo.

Precisó, que el recurso va dirigido a que en el caso de absolverse a las Juntas de Calificación de Invalidez al pago de los intereses moratorios, sea condenada a la AFP, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y el

artículo 2302 del Código Civil, siendo responsabilidad del fondo si repite o no en contra de las otras entidades; así mismo, dicho argumento debe considerarse también en el caso de sean absueltas las Juntas de Invalidez al pago de costas procesales.

La **Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca** también interpuso recurso, en el que señaló, que su inconformidad consistía en los numerales 3 y 4 de la sentencia. Resaltó, que si bien el despacho consideró que la señora Doris Estella tiene una invalidez por diferentes patologías, lo cual no se controvertía, no podía perderse de vista que los dictámenes emitidos por las Juntas de Invalidez son unos simples peritajes que no otorgan derechos, pues estos los conceden son los entes de seguridad social.

Enfatizó, que de acuerdo con el Decreto 1072 de 2015, el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca nunca quedó ejecutoriado, es decir, nunca nació a la vida jurídica; que si bien el despacho tiene razón en que ese acto se vuelve una prueba y que la misma se adjunta al proceso, lo cierto es que no nació a la vida jurídica por lo que no puede ser condenada al pago de unos intereses y costas, siendo el único dictamen en firme el proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Además, agregó que el tema de los moratorios de conformidad con la Ley 100 de 1993, le corresponden es a los entes de seguridad social, por lo que no es dable asimilar esos intereses moratorios con la indemnización de perjuicios; de igual manera, señaló que debe tenerse en cuenta que acuerdo con el Decreto 1072 de 2015, la responsabilidad de los dictámenes es frente a los médicos cuando se demuestra mala fe en la calificación que se ha proferido.

Controvirtió la fecha de estructuración, para la absolución de los intereses moratorios, arguyendo que según el manual de calificación es a partir de la fecha en la cual la persona presenta secuelas que le impide laborar, evidenciado la Junta de calificación de Invalidez que la señora Doris Estella para febrero de 2014, de acuerdo a los exámenes médicos, dejó de presentar capacidad para seguir realizando sus labores; que el concepto que hace el perito de la fecha de estructuración para el año 2013, es cuando se da la situación de afectación de la señora con algunas de la patologías y el supuesto accidente de trabajo, pero no es el momento en que la señora pierde su condición o capacidad laboral.

La **AFP Protección** también interpuso recurso de apelación, en el que solicita se revoque los numerales 1 y 2 de la sentencia, los cuales hace relación al origen

de la enfermedad, teniendo en cuenta que del dictamen emitido por el señor Santiago, así como todo el sustento médico que reposa en el expediente hace referencia a un accidente de trabajo; no obstante, el despacho consideró que no existen pruebas del accidente de trabajo, siendo una carga procesal que debe ser impuesta a la ARL, solicitando sean analizadas y valoradas las pruebas documentales que reposan en el expediente, en donde quedó registrada esa relación médico paciente y se consignó que hubo un accidente de trabajo que le generó una lesión en la rodilla a la accionante, lo cual desencadenó en distintas patologías que dieron origen a la pérdida de capacidad laboral, siendo estas de origen laboral, por lo que no puede considerarse que por la omisión que cometió la ARL en su momento sea atribuida a la AFP.

En cuanto a los intereses moratorios, indicó que la administradora no tiene otra obligación distinta que la de reconocer el derecho cuando sea acreditado, siendo las Juntas de calificación de Invalidez los órganos competentes para determinar la pérdida de capacidad laboral y cuando se establece una pérdida de capacidad laboral inferior al 50% no puede atribuírsele al fondo de pensiones no haber reconocido el derecho: por lo tanto, no es dable que sea sancionada la AFP.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas partes.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de decisión a determinar: **i)** Si se equivocó el juez de primer grado en tomar como fundamento de su decisión el dictamen ordenado practicar a la demandante por parte de la Universidad Nacional, decretado en el curso del proceso; **ii)** si la enfermedad que padece al señora Doris Estella Gómez, le acarrea una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, y cuál es su origen, laboral o común; **iii)** si hay lugar al pago de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, o reparación de daños de conformidad con lo establecido en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998; y **iv)** si hay lugar a condenar a las demandadas al pago de costas procesales.

En el presente asunto, no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora Doris Estella Gómez tiene como diagnósticos médicos,

secuelas fractura rodilla izquierda con artrosis secundaria, secuelas lesión nervio femoral 2° a anestesia local, TS Quervain D, STC D, discopatía lumbar múltiple, artritis/artrosis y T depresivo recurrente.

CONTROVERSIA SOBRE LOS DICTÁMENES Y DEL ORIGEN DE LA ENFERMEDAD

Debe resaltarse inicialmente, que del escrito inaugural se desprende que la controversia frente a los dictámenes emitidos por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, no se derivó en relación al origen y fecha de estructuración de la enfermedad, sino únicamente respecto del porcentaje de pérdida de capacidad laboral, siendo ese el motivo por el cual se acudió a la justicia ordinaria para ser anulados los dictámenes en relación a dicho descontento.

En razón a ello, el *a quo* decretó la prueba pericial solicitada por la parte actora, designándose para tal efecto a la Universidad Nacional, dictamen que fue emitido por dicha institución el 6 de agosto de 2019, en el cual se determinó una pérdida de capacidad laboral 53,53%, con fecha de estructuración 6 de marzo de 2013, de origen común y profesional. Cabe resaltar, que dicho dictamen debió enfocarse únicamente en el porcentaje de pérdida de capacidad laboral y de no de lo demás, pues como bien se ha dicho no existía controversia frente a la fecha de estructuración y origen; no obstante, como quiera que dicho asunto fue analizado y controvertido durante el trámite del proceso, se analizará por parte de esta instancia si le asiste razón al recurrente en cuanto al origen determinado en el nuevo dictamen.

Al respecto, ha enseñado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, que las partes pueden controvertir los dictámenes emitidos por las Juntas de Calificación de Invalidez, solicitando una calificación integral de sus patologías; así mismo, que el juez puede remitir al afiliado a cualquier Junta diferente o ante «una universidad, a una entidad u organismo competente en el tema de calificación del origen y pérdida de la capacidad laboral», señalando en sentencia SL3008-2022, lo siguiente:

Por tanto, es absolutamente factible que, dada la evolución de las patologías, la aparición de nuevos diagnósticos de un mismo origen o de una génesis diversa, pueda no solo determinarse en forma inicial un porcentaje de pérdida de capacidad laboral, sino también revisarse en el sistema de seguridad social o por vía judicial una calificación que ya está en firme o realizarse una calificación integral que incluya factores comunes y laborales, con el fin de dictaminar la situación material de

invalidez de una persona, lo anterior, con las características propias que supone cada uno de estos trámites de calificación.

Así, la revisión de un porcentaje de pérdida de capacidad laboral o la realización de una calificación integral, no está vedada a las juntas regionales por el simple hecho que, previamente, haya existido un pronunciamiento de la Junta Nacional de Calificación, ni supone, como lo entiende la recurrente que, en caso de controversia a través de un proceso judicial, el juez esté obligado -si decreta una prueba pericial- a solicitar que la misma se realice por una sala distinta de esta última entidad o aquella cuyo dictamen se controvierte, tal como ocurrió en este asunto.

Ello porque dichas experticias «no tienen la virtud de resolver de manera definitiva las controversias surgidas en torno al grado de invalidez ni de producir efectos de cosa juzgada», dado que ello solo ocurre con el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, que «implica el desarrollo de una serie de actos procesales que culminan en la expedición de un acto final -la sentencia-, llamado a definir el punto controvertido con fuerza de verdad legal» (CSJ SL1958-2021).

En la misma vía, tal como se explicó en precedencia, existen distintas modalidades de solicitud de calificación que pueden adelantarse ante circunstancias y momentos distintos, todas ellas con el fin de determinar la situación de invalidez que, en todos los casos, siguen los trámites contemplados en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, es decir, suponen que nuevamente exista una calificación en primera oportunidad y que ante el inconformismo de alguno de los interesados - artículo 2.º Decreto 1352 de 2013- se activen nuevamente las calificaciones de instancia ante las juntas de calificación.

En efecto, nótese que en cada uno de dichos procedimientos lo relevante es la condición del afiliado al momento de la calificación, conforme a su historial clínico, y que la determinación del grado de invalidez se realice conforme a los elementos técnicos y científicos definidos en el Manual Único de Calificación de Invalidez - MUCI-, vigente al momento de la evaluación.

A su vez, se destaca que el parágrafo 3.º del artículo 4.º del Decreto 1352 de 2013 claramente proscribe que se remita nuevamente al demandante a la junta que profirió «el dictamen demandado» y, contrario a ello, faculta al juez a remitir al afiliado a cualquier junta diferente o ante «una universidad, a una entidad u organismo competente en el tema de calificación del origen y pérdida de la capacidad laboral» para que realice la respectiva experticia.

De igual manera, en dicha providencia, la Corte recordó que la condición de invalidez de una persona está sometida a la valoración del juez bajo los principios de libre formación y convencimiento, apreciación crítica y conjunta de la prueba; precisando:

Al respecto, se reitera que, si bien la Corte ha admitido la relevancia de los dictámenes que emiten las Juntas de Calificación al considerarlos conceptos técnicos y científicos elaborados por órganos autorizados en desarrollo de un trámite previamente establecido por el legislador, lo cierto es que también ha aclarado que los mismos no son prueba solemne, de modo que pueden controvertirse ante los jueces del trabajo, quienes tienen competencia para examinar los hechos que contextualizan la condición incapacitante establecida por estas entidades (CSJ SL, 19 oct. 2006, rad. 29622, CSJ SL, 27 mar. 2007, rad. 27528, CSJ SL, 18 sep. 2012, rad. 35450, CSJ SL, 30 abr. 2013, rad. 44653, CSJ SL16374-2015, CSJ SL5280-2018, CSJ SL4571-2019 y CSJ SL1958-2021).

Asimismo, la Sala ha explicado que el análisis de la condición de invalidez de una persona está sometida a la valoración del juez bajo los principios de libre formación del convencimiento y apreciación crítica y conjunta de la prueba, previstos

en los artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CSJ SL, 18 mar. 2009, rad. 31062, CSJ SL5601-2019 y CSJ SL4346-2020).

De hecho, el artículo 44 del Decreto 1352 de 2013 consagró: «las controversias que se susciten en relación con los dictámenes emitidos por las juntas de calificación de invalidez, serán dirimidas por la Justicia Laboral Ordinaria de conformidad con lo previsto en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, mediante demanda promovida contra el dictamen de la junta correspondiente».

Al respecto, vale destacar que en numerosas oportunidades la Corte ha precisado que la existencia de una experticia emitida por alguna de las entidades competentes en el procedimiento de determinación de invalidez en el sistema de seguridad social no es vinculante ni ata al juez al momento de resolver en sede jurisdiccional las controversias que se susciten respecto al mismo (CSJ SL4571-2019 y CSJ SL1958-2021).

Ello, porque los jueces laborales tienen plena autonomía y libertad de valoración de las pruebas científicas, facultad que les permite formar libremente el convencimiento de los supuestos de hecho debatidos en juicio, en los términos de los citados artículos 60 y 61 del Estatuto Procesal del Trabajo, de modo que no constituye una transgresión del orden jurídico la selección razonable de una prueba científica diferente a los dictámenes que emiten las Juntas Regionales o Nacional de Calificación, que también evalúe la invalidez de la persona afiliada con apego a los lineamientos legales (CSJ SL1958-2021).

Acorde la dicha línea de pensamiento, se advierte que resulta totalmente acertada la decisión del juez de primera instancia, al ordenar la práctica de un nuevo dictamen de calificación de invalidez a la promotora del litigio, el cual se llevó a cabo por la Universidad Nacional de Colombia, pues precisamente la controversia gira en torno a la inconformidad de la actora frente a los dictámenes que se habían llevado a cabo por parte de las juntas de calificación de invalidez tanto regional como nacional, siendo el proceso judicial el escenario propio para controvertir dichas experticias, pues en manera alguna puede considerarse que lo resuelto en esas instancias sea definitivo o incontrovertible, como equivocadamente se aduce por los recurrentes. Así se dijo por nuestro Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia CSJ SL4704-2021, en donde sostuvo:

[...] la Corte debe recordar, que no es cierto que el Tribunal no pueda escoger entre un dictamen y otro, para fundar su conocimiento real, entre otros aspectos, sobre el origen del suceso, lo cual permite establecer el responsable de reconocer la prestación de sobrevivientes a los beneficiarios, ya que por el contrario, su criterio ha sido el de que las experticias que emiten estos organismos especializados no son concluyentes o definitivos, ni mucho menos incontrovertibles a efectos de reclamar derechos prestacionales.

En sentencia SL16374-2015, se dijo:

Ahora bien, sobre la posibilidad de que el dictamen médico especializado expedido por las Juntas de Calificación de Invalidez sea susceptible de ser desvirtuado para efectos prestacionales, también la Corte ha proferido su criterio. En tal sentido, en sentencia CSJ SL, del 19 de oct. de 2006, rad.29622, sobre acotó la Corporación:

“Ciertamente, la Corte ha estimado que en la actualidad el estado de invalidez de un trabajador corresponde establecerse mediante la valoración científica de las juntas de Calificación, a través del procedimiento señalado en los reglamentos dictados por el Gobierno Nacional. Pero la Sala de Casación Laboral no ha sostenido que los parámetros señalados en el dictamen de la Junta sean intocables. La regla sentada en el fallo citado por el recurrente como apoyo de su criterio es que, en principio, la declaración del estado de invalidez es materia de expertos y no corresponde, en los actuales momentos, a la entidad de seguridad social, como ocurría antes, sino a unos entes autónomos, como son las juntas Regionales en primera instancia, y la Nacional en último grado.

“De ninguna manera ha considerado la Corte que los hechos relativos a las circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre el hecho genitor de la minusvalía, tenidos en cuenta por uno de tales entes, o por ambos si se agotan las dos instancias, sean materia incontrovertible ante la jurisdicción del trabajo. Por el Radicado n°.53986 19 contrario, en reciente sentencia del 13 de septiembre 2006 (rad. 29328), tuvo esta Sala de Casación oportunidad de referirse al tema, en los siguientes términos:

“Por otra parte, la circunstancia de que la Junta Nacional actúe como órgano de segunda instancia para resolver las reclamaciones formuladas por los interesados contra las evaluaciones de las juntas regionales, no necesariamente su concepto obliga al juez. De no ser así, ciertamente carecería de sentido la intervención de la jurisdicción laboral simplemente para dar un aval al pronunciamiento de un ente que, tal cual lo reconoce la censura, no tiene la potestad del Estado para “decidir” el derecho. Sólo el juez puede, con la fuerza que imprime a sus decisiones el instituto de la cosa juzgada, definir si hay lugar a establecer el estado de invalidez o los parámetros en que debe reconocerse la pensión objeto de controversia y, para tal propósito, nada le impide acudir al apoyo de un ente especializado en la materia y que cumple funciones públicas, así sus miembros no sean servidores del Estado, en virtud del moderno esquema de administración descentralizada por colaboración”.

“Cuando en casos como en el que ocupó a la Sala en esa oportunidad, se planteó una manifiesta contradicción de la valoración médica sobre el nivel de la incapacidad entre las juntas de calificación que intervinieron para tal efecto, la Corte no tuvo duda sobre el carácter discutible del punto y la plena competencia de los jueces para establecer, también por medios técnico-científicos el verdadero grado de invalidez del afectado. Con mucha más razón cuando se trata del señalamiento de la fecha en que se estructura la invalidez, porque no en todos los casos se podrá inferir tal data de una prueba infalible e incontrastable y, por lo mismo, incontrovertible, como sería lo ideal. Para la muestra un botón: En el sub examine, el Tribunal consideró contraevidente e ilógico que una persona haya laborado durante varios años ejerciendo actividades de vendedor y la Junta de Calificación de Invalidez desconozca esa realidad, dejando de lado el material probatorio que tuvo a su disposición y sin que ameritara un pronunciamiento al respecto, y se dictamine que la invalidez se produjo en la infancia temprana, muchísimos años antes del despliegue de una vida laboral, esa sí demostrada fehacientemente.

“Reitera la Corte, entonces, su criterio ya decantado de que los jueces del trabajo y de la seguridad social sí tienen plena competencia y aptitud para examinar los hechos realmente demostrados que contextualizan la invalidez establecida por las juntas, a fin de resolver las controversias que los interesados formulen al respecto. Ello, por supuesto, no llega hasta reconocerle potestad al juez de dictaminar en forma definitiva, sin el apoyo de los conocedores de la materia, si el trabajador está realmente incapacitado o no y cuál es la etiología de su mal, como tampoco cuál es el grado de la invalidez, ni la distribución porcentual de las discapacidades y minusvalías”. (Subrayado con el original).

Conforme a la línea de pensamiento, tampoco resultan equivocados los argumentos del *a-quo* para darle validez o mayor peso probatorio a dicha experticia en lo atinente al porcentaje de pérdida de capacidad laboral que se fijó en el 53.53%, lo cual se ajusta a lo previsto en los artículos 60 y 61 del CPTSS, disposiciones que facultan al juez, para apreciar libremente los diferentes medios de convicción, en ejercicio de las reglas de la sana crítica y, en aquellos eventos en los que se encuentren en presencia de diferentes medios de convicción que conduzcan a conclusiones disímiles, elegir de esos elementos de juicio, las que mejor lo persuadan (CSJ SL1531-2021).

En ese hilo argumentativo, se observa que en aquel dictamen llevado a cabo por parte de la Universidad Nacional, se consideró que el origen de la pérdida de capacidad laboral, era mixto, es decir, tanto laboral como común; sin embargo, al analizarse la historia clínica aportada y las restantes probanzas arrojadas al informativo, incluidos los dictámenes que le fueron practicados a la demandante, antes de iniciar esta acción, se advierte que allí se refiere que la señora Doris aduce haber presentado su primera dolencia en la rodilla izquierda durante su actividad laboral; no obstante, dicho acontecimiento no fue reportado a la ARL, ni tampoco obra prueba de tal suceso, debiendo existir para llegar a tal conclusión, soportes clínicos determinantes que permitan inferir que el origen de aquel padecimiento es laboral, sin que para ello sea suficiente la mera afirmación de la accionante; de tal suerte que, ante la ausencia de estos medios de prueba, debe colegirse que las patologías que presenta la señora Gómez son de origen común, como con acierto lo sostuvo el juez de primer nivel.

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que para la determinación de la pérdida de capacidad laboral, se deben tener en cuenta todas las secuelas, aun cuando sean de diferente origen, bajo el concepto de calificación integral; así se dijo en la sentencia CSJ SL3008-2022, en donde precisó:

Criterio jurisprudencial que esta Corte también ha adoptado en providencias CSJ SL, 26 jun. 2012, rad. 38.614, reiterada en la CSJ SL, 24 jul. 2012, rad. 37892, CSJ SL526-2012, CSJ SL4297-2021 y CSJ SL1987-2019. Precisamente en esta última sentencia se indicó:

*Se resalta que esta Sala ya se pronunció respecto a que, en la determinación de la pérdida de capacidad laboral de una persona **se deben tener en cuenta todas las secuelas, incluyendo las anteriores, aun cuando las mismas sean de diferente origen, bajo el concepto de calificación integral**, así lo dispuso en la sentencia CSJ SL, del 26 jun. 2012, rad. N° 38.614, reiterada en la CSJ SL, del 24 jul. 2012, rad. N° 37892 y en la CSJ SL 526 - 2012.*

(...) Entonces, la determinación de la pérdida de capacidad laboral, como se ha referido, **debe ser integral, esto es, en la valoración el equipo calificador debe tener en cuenta todas las secuelas y patologías incluidas las anteriores, sean de origen común o laboral** -concepto de calificación integral- atendiendo la norma técnica vigente a la fecha de calificación – Manual Único de Calificación de la Pérdida de Capacidad Laboral y Ocupacional-, por ende, no puede entenderse en ningún caso que el concepto de integralidad es la suma de pérdidas de capacidad laboral independiente del origen, - sumatoria de dos dictámenes- como refiere la censura respecto del concepto médico y el Tribunal, por cuanto esta actuación implicaría, precisamente una violación a la norma técnica (subrayado y negrillas fuera del texto).

De igual manera, la alta Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en los casos en los cuales se determina como de origen mixto, ha dicho que es deber del Juez imponerle la totalidad de la pensión alguno de los entes de seguridad social que tengan la obligación de otorgarla y no la proporción resultante de lo que se dictaminó por pérdida de capacidad labora, lo cual no trasgrede la ley, pues corresponde con el principio de indivisibilidad de la mesada pensional; citándose en sentencia CSJ SL1987-2019, lo siguiente:

Para abordar el punto, se resalta que el tema también fue abordado en la sentencia CSJ SL, del 26 jun. 2012, rad. N° 38.614, reiterada en la CSJ SL, del 24 jul. 2012, rad. N° 37892, en la primera de las cuales se precisó, que si bien no había norma expresa en donde se estableciera la responsabilidad o la manera de distribución en aquellos casos en que se configurara un tipo de invalidez «que podría llamarse mixto»; encontró ajustado el actuar judicial en correspondencia con el principio que denominó «de indivisibilidad de la mesada pensional» cuya existencia se desprende de varios supuestos normativos que prohíben cualquier fórmula para dividir la mesada pensional, la sentencia indicó:

Así entonces, si bien no existe una norma explícita y expresa que establezca responsabilidades o la forma de su distribución cuando se configure este tipo de invalidez que podría llamarse mixto, ello en modo alguno significa que los jueces no deban ordenar el pago de las pensiones correspondientes, tal y como surge de una interpretación sistemática y de la delimitación del alcance teleológico de los textos de seguridad social, como se hizo líneas atrás al discernir el alcance de los principios generales incorporados en la Ley 100 de 1993.

*Definido lo anterior, corresponde analizar si tiene razón la entidad recurrente al atribuir al Tribunal el error jurídico de imponerle la totalidad de la pensión y no la proporción resultante de lo que se dictaminó por pérdida de capacidad laboral imputable al riesgo profesional. Tal postura, **empero, no es de recibo, por cuanto al definir el juzgador que la obligación debía imponerse a un solo ente, no pudo trasgredir la ley, pues actuó en correspondencia con el principio que podría denominarse de indivisibilidad de la mesada pensional el cual si bien no está explícitamente consagrado en una norma expresa y específica, su existencia se desprende de varios supuestos normativos que proscriben cualquier fórmula para dividir o prorratear la pensión entre varios obligados y fragmentar su pago, tales como el caso en que varias entidades deben concurrir al pago de una pensión de jubilación y la ley radica en una de ellas la obligación de pagarla total y directamente, con la posibilidad de repetir o exigir las cuotas partes a las restantes por las porciones respectivas, sin que haya lugar a fraccionamiento alguno en el pago que se hace al trabajador, o la solución implementada por el legislador para el caso de enfermedades***

profesionales que se estructuran y desarrollan durante la afiliación a varias administradoras, en el sentido de asignar la responsabilidad del reconocimiento a la última, preservando la posibilidad de repetición proporcional contra las otras o el empleador, según lo contempló el parágrafo 2 inciso 2 del artículo 1 de la Ley 776 de 2002, eventos que aunque difieren del que ahora se ventila, se traen a colación para destacar que el criterio acogido en casos de concurrencia en el cubrimiento de una pensión es el antes anotado, sin que la figura de la compartibilidad pensional se aparte o desvirtúe este criterio, en tanto se trata de figuras diferentes y que obedecen a situaciones y filosofías distintas, a lo que debe sumarse que lo anterior es además compatible con el principio de unidad prestacional arriba mencionado. De suerte que la decisión adoptada por el Tribunal antes que quebrantar la ley, propendió por su aplicación estricta. (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

[...]

Se resalta que el legislador en el diseño del Sistema Integral de Seguridad Social -en el que confluyen los subsistemas de salud, pensiones y riesgos laborales-, en tratándose del S. General de Pensiones –amparo de siniestros de origen común y el S. de Riesgos Laborales -cobertura de contingencias con ocasión al trabajo- **no contempló la concurrencia** de dichos orígenes razón por la cual no existe la posibilidad de asunción las prestaciones que en ellos se generen a prorrata del origen.

Ahora bien, dicha circunstancia en nada puede afectar la valoración del estado de pérdida de capacidad laboral de un trabajador, situación que se generaba **en materia de riesgos laborales, al excluir las patologías o secuelas anteriores**, lo cual, como se explicó, lo solucionó de tajo la sentencia CC C 425/05, con lo que, no existe duda de que para la determinación de la pérdida de capacidad laboral de una persona, **su valoración debe ser integral** y corresponderá al equipo calificador competente determinar, entre otros, el origen con base en la regulación técnica y de ello se desprende el subsistema que debe asumir la prestación respectiva.

De lo expuesto, se colige que el *a quo* no se equivocó en apartarse del dictamen emitido por la Universidad Nacional en lo que respecta al origen, al considerarse que no existe probanza alguna que permita afirmar certeramente que el origen de la pérdida de capacidad laboral de la demandante se deriva de un accidente o enfermedad laboral, por lo que ante dicha falencia debía considerarse que el origen de las enfermedades que padece la actora es común. Aun si en gracia de discusión, se estableciere que en efecto el inició de las patologías de la señora Doris se derivaron inicialmente de un accidente laboral y posteriormente, lo fueron de origen común, quedando en firme el origen establecido por la Universidad Nacional, esto es, de carácter mixto, se tiene que el sentenciador tampoco se equivocó al condenar a la AFP Protección al reconocimiento de la pensión, pues no podía en caso de haber sido vinculada la ARL dividir la mesada pensional de manera proporcional en cada una de estas entidades, bajo los argumentos señalados en la jurisprudencia citada, lo cual deja sin sustento la tesis esgrimida por la AFP recurrente, puesto que debe tenerse en cuenta que frente a ella también existe un grado de responsabilidad, toda vez que algunas de las patologías que padece la señora Doris lo son de origen común.

INTERESES MORATORIOS O REPARACIÓN DE DAÑOS

En relación con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que deben ser impuestos siempre que haya retardo en el pago de mesadas pensionales, independientemente de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor, o de las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas, en cuanto se trata simplemente del resarcimiento económico encaminado a mitigar los efectos adversos que produce al acreedor pensional la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones. Es decir, su carácter es resarcitorio y no sancionatorio (CSJ SL5673-2021).

Así las cosas, debe decirse que en el presente asunto no habría lugar a la condena de los mismos, como equivocadamente lo considera el Juez y la parte actora, pues no existió retardo de mesadas por parte de la AFP Protección, debido a que la negación de la prestación tuvo sustento en los dictámenes emitidos por las Juntas de Invalidez en los cuales se determinó una pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, lo cual no daba lugar al reconocimiento de la pensión, y fue solo a través del presente trámite procesal y ante un nuevo dictamen emitido por la Universidad Nacional, que se concluyó que a la demandante le asistía derecho a la prestación deprecada, de tal suerte que no se evidencia negligencia en las actuaciones desplegadas por la AFP, pues simplemente se ciñó a lo previsto en la ley; por lo tanto, no hay lugar a la imposición de los intereses moratorios.

Tampoco resulta dable indicar que exista responsabilidad del reconocimiento de los mismos por parte de las Juntas de Invalidez demandadas, pues como bien lo refiere el recurrente no está en cabeza de ellas el pago de las mesadas pensionales.

En cuanto al argumento del *a quo* para imponer condena por perjuicios a las Juntas de Calificación de Invalidez, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, debe señalarse que ello resulta totalmente desacertado, puesto que para que estos procedan, deben encontrarse plenamente acreditados, lo cual no sucede en el presente asunto, puesto que ningún despliegue probatorio se hizo en tal sentido, en tanto que ni siquiera fueron pedidos en el escrito inicial; además, para su imposición también se requería demostrar un actuar doloso o culposo de los integrantes de las juntas de calificación de invalidez, como por

ejemplo, que se encontrara acreditado, que el médico que profirió el dictamen se hubiese apartado de la ley o de los soportes clínicos allegados para establecer la pérdida de capacidad laboral, situaciones que no se encuentran evidenciadas en el caso *sub examine*. A lo anterior, se puede agregar que dichas Juntas profieren concepto médico que puede ser controvertido por las partes a través del proceso ordinario laboral, como aquí acontece, siendo el Juez Laboral el competente para dirimir el conflicto que frente a los dictámenes se presente, tal y como lo establece el artículo 44 del Decreto 1352 de 2013, lo cual no les acarrea ninguna sanción.

Ante la improcedencia de los intereses moratorios, se dispondrá reconocer la indexación a partir del reconocimiento de la prestación; esto es, del 20 de abril de 2015, a fin de contrarrestar la devaluación que por el transcurso del tiempo ha teniendo las mesadas pensionales.

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA

En cuanto a la condena en costas, si bien el Juez tuvo como sustento para su imposición las mismas razones que conllevaron a la condenada de intereses moratorios a cargo de las Juntas de Invalidez, para la Sala tales razonamientos no son de recibo, pues sin duda hay lugar a la condena en costas estas deben imponerse únicamente a cargo de la AFP y no de las Juntas, ello se deriva de lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 365 del CGP, que establece de manera clara que debe ser condenado en costas a la parte vencida en el proceso; luego, al haberse dispuesto que la AFP Protección S.A. debe pagar a la actora la pensión de invalidez, conforme a dicha disposición, deberá responder por las costas del proceso.

Por lo anterior, se revocará los ordinales tercero y cuarto de la sentencia apelada, en su lugar se condenará a la indexación de las mesadas pensionales y costas procesales a cargo de la AFP Protección S.A. y, se confirmará en lo demás.

COSTAS

Sería el caso condenar en costas a los apelantes dada la improsperidad de los recursos interpuestos. No obstante, no se condenará al pago de las mismas en esta instancia en tanto se dan por compensadas.

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 el ordinal tercero de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá, en su lugar **ABSOLVER** a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca al pago de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o perjuicios contemplados en el artículo 16 de la ley 446 de 1998; por las razones anteriormente expuestas.

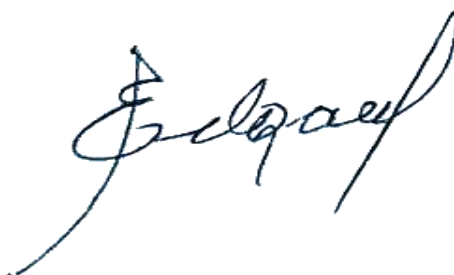
SEGUNDO: REVOCAR el ordinal cuarto de la sentencia apelada; en su lugar, **CONDENAR** a la AFP Protección S.A. al pago de costas procesales en primera instancia.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de **CONDENAR** a la AFP Protección S.A. a que las mesadas reconocidas a favor de la demandante sean debidamente indexadas, a partir del 20 de abril de 2015, fecha en que fue reconocida la prestación económica.

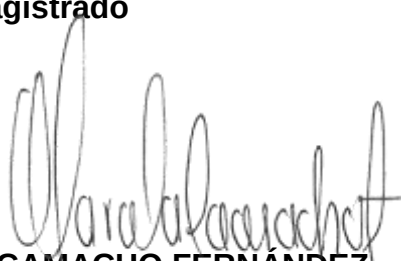
CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

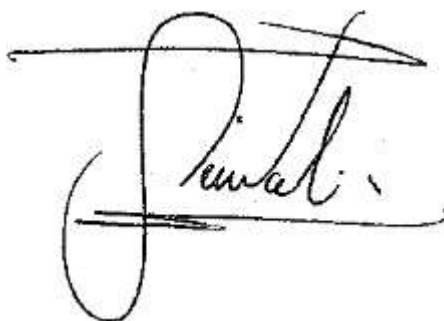
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

A handwritten signature in black ink, featuring a large, stylized initial 'J' followed by the name 'Valencia' in a cursive script.

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA INÉS REINA CUELLAR CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) 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 **MARÍA INÉS REINA CUELLAR**, se declare la anulación por ineficacia de la afiliación y del traslado que hizo al RAIS, ante la omisión de la AFP Porvenir S.A. del deber profesional de información; ordenar el traslado y afiliación a Colpensiones como si nunca se hubiera ido de dicho régimen en virtud del principio de favorabilidad; se ordene a la AFP Porvenir S.A. la devolución a Colpensiones de todos los dineros que recibió con motivo de su afiliación, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión por el pago de las mesadas o por los gastos de administración o cualquier otro que se hubiere generado con aplicación del artículo 963 del Código Civil; que se condene a la AFP Porvenir S.A. que en caso de haberse otorgado previamente pensión parte de dicho fondo al momento de dictarse sentencia que ponga fin a la litis, a seguir pagando la misma hasta tanto sea trasladado por el fondo demandado, todos los recursos a Colpensiones para financiar la deuda pensional y sea incluido en nómina de pensionados por este, con el propósito de que no quede desprotegido de su derecho

pensional; se condene al pago de costas y lo que resulte probado ultra y extra petita (f° 162-163).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 168-169), señaló en síntesis, que fue afiliada al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 15 de enero de 1982; que como consecuencia de la publicidad y de la gestión realizada por los fondos de pensiones se trasladó a la AFP Porvenir S.A.; que para el momento del traslado el asesor únicamente se limitó a llenar un formato preestablecido por el mismo sin entregarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto de las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el RAIS versus las consecuencias negativas o específicas de abandonar el régimen en el cual se encontraba.

Relató, que la AFP no le entregó proyecciones, ni comparativos de los que sería el valor de la pensión; tampoco se informó cuál sería la tabla de mortalidad de rentistas se estaba utilizando por parte de la AFP para realizar la proyección de la pensión; que no se le dijo hasta que edad iba a cotizar y con qué salarios alcanzaría una pensión vejez por lo menos igual o equivalente a la que recibiría en el ISS; que no le indicó cuánto capital ahorrado se exigía para obtener una pensión de salario mínimo; que omitió también indicarle que tenía derecho a retractarse.

Sostuvo, que solicitó ante la AFP Porvenir S.A. que le dieran copia de los documentos que dicho fondo le entregó para tomar la decisión de traslado, así como también solicitó la anulación del traslado, peticiones que fueron negadas; así mismo, solicitó ante Colpensiones la anulación del traslado, sin obtener respuesta positiva; indicó, que el caso de haber seguido cotizando en el RPM su mesada pensional sería de \$2.201.282, mientras que en el RAIS sería de \$828.117.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A. contestó (f° 311), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó solicitud de traslado presentador por la demandante y respuesta; dijo no constarle los numerales 114, 15, 17 y 22, y no ser ciertos los demás. Propuso como excepciones de fondo, prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

COLPENSIONES contestó (f° 364), también oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó vinculación de la demandante a dicho fondo,

petición y respuesta por parte de la entidad; respecto de los demás hechos manifestó no constarle. Propuso como excepciones de fondo, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en caso de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de 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 Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción e innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 8 de septiembre de 2021 (CD f° 471), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia la ineficacia del traslado que realizó la demandante, MARÍA INÉS REINA CUELLAR, entre el RPM administrado por el ISS hoy Colpensiones al RAIS administrado por Porvenir S.A., el 23 de mayo del año 2000.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a la ADIMINISTRADORA DE PENSIONES COLPENSIONES, el capital depositado en la cuenta de ahorro individual de la señora MARÍA INÉS REINA CUELLAR, junto con los rendimientos financieros y los gastos de administración con cargo a sus propias utilidades, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de POVENIR todos los valores que le fueren trasladados y abonarlos en fondo común que administra, convalidando en la historia laboral de la demandante las correspondientes semanas, de acuerdo con lo indicado en la parte motiva.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas en sus contestaciones.

QUINTO: ABSOLVER a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. de las demás pretensiones incoadas en este asunto por la demandante MARÍA INÉS REINA CUELLAR.

Como fundamento de su decisión, hizo referencia a lo dispuesto en el artículo 13, literal b) y artículo 271 de la Ley 100 de 1993; así mismo, trajo a colación las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral relacionadas con la ineficacia del traslado; frente a lo cual indicó, que desde su fundación las AFP han tenido la obligación de garantizar la información libre, voluntaria, suficiente y transparente que permitan al afiliado elegir desde las distintas opciones disponibles en el mercado; así como también la carga probatoria que les acarrea a dichos fondos.

Seguidamente, hizo relación a las pruebas allegadas al plenario señalando que las mismas no permitían establecer que al momento del traslado de régimen, el fondo demandado le hubiera indicado a la demandante las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado para demostrar el cumplimiento del deber de información; no bastando la información que quedó plasmada en el formulario de afiliación, ni tampoco por habersele señalado de manera muy genérica algunas de las particularidades del RAIS; refirió que si bien la demandante es profesional del derecho, tal aspecto por si solo no implicaba que supiera cuáles eran las consecuencias jurídicas de cambiar de régimen pensional, máxime cuando no se demostró que contrajo conocimientos específicos sobre la materia.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, indicando que la entidad no tuvo injerencia en la decisión tomada por la demandante al momento del traslado de régimen; así mismo, solicitó se estudie lo fallado en primera instancia como quiera que se está declarando la ineficacia del traslado de régimen teniendo en cuenta la falta del deber de información por parte de la AFP Porvenir S.A., al no ser clara, precisa y comprensible, como tampoco al no haber asesorado a la demandante sobre la prohibición legal de los 10 años previos a cumplir la edad para tener derecho a la pensión, razón por lo cual debía ser dicho fondo quien debiera asumir el derecho pensional bajo los mismos beneficios y parámetros que ofrece el RPM, debiéndose tener cuenta también que la entidad se encuentra vinculada al proceso de forma residual.

De otro lado, solicitó que de ser confirmada la sentencia se garantice el reintegro de la totalidad de las cotizaciones como los recursos de la cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas del fondo de garantía mínima, rendimientos, bonos pensionales, seguros provisionales, cuotas de administración con el fin de garantizar las pensiones generadas en el RPM.

Por último, solicitó se tenga en cuenta el principio de relatividad jurídica, toda vez que Colpensiones es un tercero en el acto jurídico, siendo que el negocio jurídico efectuado entre la demandante y el fondo, de manera que el mimo tiene efectos *inter partes*, por lo que Colpensiones no debe ser ni favorecida, ni perjudicada con dicha decisión.

PORVENIR S.A. también interpuso recurso de apelación, argumentando que la demandante es abogada por lo que no es dable alegar el desconocimiento de la norma, siendo una afiliada que tiene la obligación de conocer la norma, no pudiendo alegar a su favor su propio dolo o su propia culpa.

Acotó, que con este tipo de fallos se está atentando contra el principio de legalidad como quiera que esta ordenado el cumplimiento de requisitos legales que surgieron con posterioridad, por lo que no puede perderse de vista que la demandante es profesional del derecho desde 1991, esto es, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, bajo tal situación no solamente estaba en la obligación de conocer lo dispuesto en dicha normatividad, sino también todo lo relacionado con el RPM y el RAIS; que del interrogatorio de parte rendido por la demandante se puede establecer que tenía pleno conocimiento de las características de cada uno de los regímenes; de igual manera, permaneció en el RAIS por más de 20 años sin manifestar ninguna inconformidad.

Enfatizó, que los gastos de administración son descontados de manera legal y no corresponde a ningún capricho por parte de la entidad, los cuales ya no se encuentran en su poder, no siendo dable que sean retornados pues no corresponde a las reglas de restituciones mutuas, aunado a que sirvieron para preservar e incrementar los recursos de la demandante. Adujo, que debe tenerse en cuenta también lo establecido por la Superintendencia Financiera en concepto del 15 de enero de 2020, en que se estableció que los casos en que se declare la ineficacia del traslado lo que se debe devolver es lo que se tenga en la cuenta de ahorro individual y sus rendimientos; respetándose los gastos de administración.

Finalmente, señaló que en caso de tener que devolver los gastos de administración debe tenerse en cuenta que sobre los mismos procede el fenómeno de la prescripción

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver los recursos de apelación interpuesto por Porvenir S.A. y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, 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 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 los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora MARÍA INÉS REINA CUELLAR se afilió al ISS donde aportó desde el 15 de enero de 1982, al 30 de abril de 1999, un total de 808,86 semanas (f° 9-11); y *ii)* que el **23 de mayo de 2000**, suscribió formulario de traslado al RAIS con la AFP Porvenir S.A. (f° 240), 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.

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

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

Ahora bien, que en este asunto la AFP Porvenir S.A. no allegó al plenario prueba alguna que demuestre que para el **23 de mayo de 2000**, ilustró a la accionante sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, tan solo aportó el formulario de afiliación.

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 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.

Ahora, respecto de la profesión como abogada de la demandante, tal circunstancia tampoco permite evidenciar el cumplimiento del deber legal que tenía el fondo de pensiones al momento del traspaso de régimen, resultando pertinente indicar, que ese deber de información debe cumplirse absolutamente siempre, con independencia de si el potencial afiliado es una persona con estudios académicos superiores o con cargos laborales directivos o subdirectivos, puesto que ello no implica de ninguna manera que conozca el sistema pensional, configurándose como un afiliado lego en este puntual tema, y la AFP como la experta; y es que no puede ser de otra manera, pues los fondos

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.

privados cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios.

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

Del interrogatorio de parte rendido por la actora, se evidencia que al momento del traslado solo le manifestaron sobre los beneficios del RAIS, omitiéndose en lo demás aspectos indispensables para su futuro pensional; incluso refirió que se dio cuenta de la realidad mucho tiempo después de su traslado; dándose cuenta que lo que había ahorrado durante toda su vida laboral no le alcanzaba para obtener una mesada pensional; quedando con ello en evidencia que a la actora no se le dio una información completa respecto de las características del RAIS, pues tan solo se le informó que el ISS iba a desaparecer, sin que la AFP acreditará a través de otros medios de convicción que efectivamente cumplió con ese deber de información.

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

En 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 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 las AFP PORVENIR 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 MARÍA INÉS REINA CUELLAR, 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). Lo cual tampoco resulta respecto de los gastos de administración y sumas adicionales.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones como quiera que sus recursos de alzada no salieron 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 numeral SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., únicamente en el sentido de **CONDENAR** a la AFP PORVENIR 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 de la demandante a esta. 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: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

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

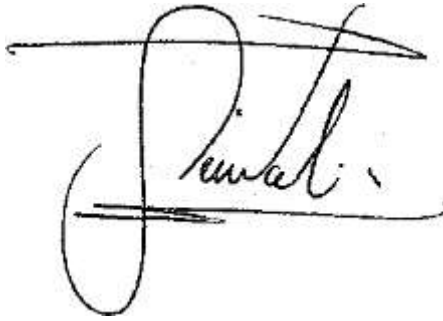
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



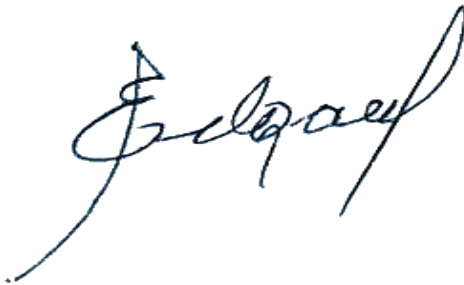
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A., en la suma de \$1.000.000, a cargo de 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 DEL TRÁNSITO SALAMANCA ROJAS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) 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 **MARÍA DEL TRÁNSITO SALAMANCA ROJAS**, se declare la nulidad por ineficacia de la afiliación y el traslado al RAIS, ante la omisión de Porvenir S.A. del deber de información. Como consecuencia de lo anterior, se ordene el traslado y la afiliación a Colpensiones como administradora del RPM, sin solución de continuidad, como si nunca se hubiera ido del mismo; que se condene a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización trasladadas, así como los demás dineros aportados durante el tiempo en que ha estado afiliada al RAIS; que se condene al pago de costas procesales y lo que resulte probado ultra y extra petita (f° 39).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 40), señaló en síntesis, que nació el 30 de noviembre de 1961; que se afilió por primera vez al RPM el día 10 de noviembre de 1987, con el empleador Servicio Nacional de Aprendizaje SENA; que desde aquella época ha trabajado con dicho empleador.

Arguyó, que los fondos privados a partir del 1° de abril de 1994, inició una agresiva publicidad por los distintos medios de comunicación, así como visitas personales a las empresas públicas con el único fin de trasladar a los afiliados al RAIS; que dicho fondo se trasladó hasta su lugar de trabajo con el propósito de que se trasladará de régimen; que para julio de 2003, ubicaron un punto de reclutamiento de afiliados en la sala de instructores del centro de formación talento humano en salud del Sena.

Narró, que la AFP Porvenir S.A. no le informó ningún aspecto general, ni propio respecto de su afiliación y futuro pensional; no le advirtió que en el RPM había cotizado 823 semanas; tampoco le informó que en el ISS solo se le exigía 1.000 semanas de cotización; que para julio de 2003, aún no regía la Ley 797 de 2003; que nunca le informó que los cálculos estimados estaban sometidos al vaivén del mercado; tampoco le explicó las distintas modalidades para obtener la pensión en el RAIS y tampoco se le dijo que era un bono pensional.

Sostuvo, que el 2 de septiembre de 2019, presentó ante Colpensiones reclamación administrativa; que ese mismo día solicitó a la AFP Porvenir S.A. la entrega de soportes, proyecciones y asesoría que se le entregó al momento de surtirse el traslado, enviándose por parte de dicha entidad únicamente el formulario de afiliación.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f° 71-79), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó fecha de nacimiento de la demandante, afiliación y aportes efectuados por ella en dicho régimen y reclamación presentada, respecto de los demás dijo no constarle. Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

PORVENIR S.A. contestó (f° 96-148), también oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, dijo no constarle los numerales 1 a 3, 5, 6, 17 a 19 y 41; respecto de los demás manifestó no ser ciertos. Propuso como excepciones de mérito, las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 10° Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 11 de noviembre de 2021 (CD f° 159), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la demandante señora MARÍA DEL TRÁNSITO SALAMANCA ROJAS a la sociedad FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante la suscripción de afiliación realizada el 18/07/2003, en consecuencia, se declara ineficaz el traslado del RPS al RAIS, se ordena el regreso automático sin solución de continuidad al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir y restablecer la afiliación de la demandante señora MARÍA DEL TRÁNSITO SALAMANCA ROJAS al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A. hacer entrega a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MARÍA DEL TRÁNSITO SALAMANCA ROJA, como cotizaciones, frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y así mismo a realizar la devolución de gastos y comisiones de administración que le hubiera realizado debidamente indexados con los documentos correspondientes para que se pueda establecer por parte de COLPENSIONES las cotizaciones dicha devolución deberá realizarse en el término de 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia con los documentos correspondientes para establecer por parte de COLPENSIONES que las cotizaciones, rendimientos y devolución de cuotas y gastos de administración corresponda a lo ordenado en esta instancia.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen estas sumas de dinero provenientes de la AFP PORVENIR S.A., debe proceder a revisar que se haya hecho la devolución de conformidad a lo ordenado en esta instancia, así mismo, condenar a COLPENSIONES a que debe imputar en la historia laboral de la demandante las sumas cotizadas en el RAIS, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

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

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a la AFP PORVENIR S.A. y a favor de la demandante. Por secretaria practíquese la liquidación de costas la suma de \$900.000, Colpensiones por concepto de agencias en derecho la suma de \$200.000.

Como fundamento de su decisión, hizo referencia a las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral relacionadas con la ineficacia del traslado, en las que se hace un estudio sobre el deber de información a cargo de las AFP; así mismo, en las que la Corte mencionó que la firma que se plasma en un formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en estos formatos *pre-impresos*, tales como que la afiliación se hace de manera libre voluntaria o espontánea u otro tipo de leyendas o aseveraciones no dan cuenta del deber de información. Recalcó, que la alta Corporación también ha indicado que la información que hubiere impartido ese asesor o promotor del fondo privado, además de dar a conocer los aspectos favorables, también debió suministrar los aspectos desfavorables del cambio de régimen pensional,

informándole al potencial afiliado el capital que requería para acceder a una pensión mínima.

Paso seguido, hizo un recuento de las pruebas allegadas al plenario, así como del interrogatorio de parte efectuado por la demandante, frente a lo cual sostuvo que si bien de su declaración se podía observar que sí se le habló de aportes voluntarios, de su dicho no se había podido extraer que se le hubiera informado otras situaciones que también eran fundamentales como el bono pensional, de la pensión anticipada, de las diferentes modalidades de pensión; que tampoco se evidenciaba que se le hubiera informado acerca de qué ocurría al momento de su fallecimiento sin haber obtenido una pensión; de la posibilidad de una pensión de sobrevivientes para sus hijos o cónyuges, o en el caso de no tener beneficiarios que sus herederos legítimos podían heredar los saldos existentes de la cuenta individual del fondo; que no se observó que se le hubiera informado sobre la necesidad de contratar con aseguradoras pólizas para cubrir los riesgos para pensión de sobrevivientes e invalidez; entre otros aspectos importantes.

Resaltó, que la AFP también debió informarle a la demandante que para el momento del traslado ya contaba con 47 años de edad, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, la demandante solo podía trasladarse de régimen por una sola vez cada 5 años contados a partir de la selección inicial y que no podría trasladarse de régimen cuando le faltare 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, de manera que cuanto la demandante se trasladó de régimen debía permanecer afiliada durante 5 años, es decir, hasta el 18 de julio de 2008, data para la cual ya no podría hacer ningún traslado de régimen, pues ya se encontraría en la prohibición de los 10 años o menos de cumplir los requisitos pensionales; siendo un aspecto importante que debió informarle el asesor de Porvenir; razones suficientes por las que debía declararse la ineficacia del traslado de régimen pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación, argumentando que la entidad no faltó al deber de información, teniendo en cuenta que para la época en que se originó el traslado se encontraba vigente el Decreto 663 de 1993, que en su artículo 97 y la circular 19 de 1998, emitida por la Superintendencia Financiera, que establecía de manera clara y expresa que cuando existía un cambio de régimen pensional se entendía válidamente emitido el consentimiento con la sola suscripción del formulario de afiliación, por lo que la información se brindaba de manera verbal y solo fue a partir de la Ley 1748

de 2014, que se empezó a obligar a las AFP a aportar documentos al momento de la asesoría; documentos tales como una proyección pensional de manera escrita.

Adujo, que la carga de la prueba a las AFP resulta desequilibrada y perjudicial, ya que la única prueba que se tiene para demostrar que sí se brindó información es el interrogatorio de parte, frente a lo cual debía hacer un llamado de atención, por cuanto es muy fácil decir en este tipo de procesos que no se dio la información o que simplemente no lo recuerdan, como sucedió en este caso; evidenciándose de la declaración de la demandante contradicciones.

De otro lado, señaló que no es posible que se ordene la devolución de los gastos de administración teniendo en cuenta que en el RPM se destina un 3% para financiar los mismos por invalidez y sobrevivencia; de suerte que, tales gastos no están llamados a financiar la pensión de vejez, por lo debe declararse su prescripción. Trajo de presente el concepto emitido por la Superintendencia Financiera el 15 de enero de 2020, mediante el cual se dice que cuando se declara la ineficacia de traslado los únicos dineros que se deben retornar son las cotizaciones junto con los rendimientos; así mismo, manifestó que el artículo 13, Literal b) de la Ley 100 del 1993, establece que cuando hay un cambio de régimen pensional, los únicos dineros que se deben retornar con destino a Colpensiones son los valores de las cotizaciones junto con los rendimientos; entendiéndose que los gastos de administración es una contraprestación a la excelente gestión que realizó la entidad que le generó rendimientos.

Finalmente, precisó que, si se tuviera en cuenta la literalidad de la declaración de ineficacia de conformidad con el artículo 1746 del Código Civil, no habría lugar tampoco a devolver los gastos de administración, teniendo en cuenta las restituciones mutuas.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por Porvenir S.A., así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor 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 los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora MARÍA DEL TRÁNSITO SALAMANCA ROJAS se afilió al ISS donde aportó desde el 10 de noviembre de 1987, al 31 de agosto de 2003 (CD f° 95); y *ii)* que el **18 de julio de 2003**, suscribió formulario de traslado al RAIS con Porvenir S.A. (f° 150), 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.

Igualmente, se fijó por esa Corporación 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

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

Conforme lo anterior, la AFP Porvenir S.A. que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y

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

Ahora bien, que en este asunto la AFP Protección S.A. no allegó al plenario prueba alguna que demuestre que para el **18 de julio de 2003**, ilustró a la accionante sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, tan solo aportó el formulario de afiliación.

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 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 la AFP 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**.

Cabe resaltar que contrario a lo dicho por el recurrente no se evidenció de la declaración de la demandante en interrogatorio de parte contradicciones; de lo contrario, confirmó lo dicho en el líbello demandatorio, esto es, que el asesor de Porvenir S.A. le manifestó que el ISS se iba a acabar y que en dicho régimen obtendría una mejor mesada pensional; es decir, tan solo se limitó a brindarse información sobre las ventajas que

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.

ofrecía dicho régimen, dejando de lado las desventajas del mismo, que claramente afectaban su mesada pensional; motivos que dan lugar a confirmar la sentencia apelada.

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 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 las AFP PORVENIR 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 MARÍA DEL TRÁNSITO SALAMANCA ROJAS, 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). Lo cual tampoco resulta respecto de los gastos de administración y sumas adicionales.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. 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,

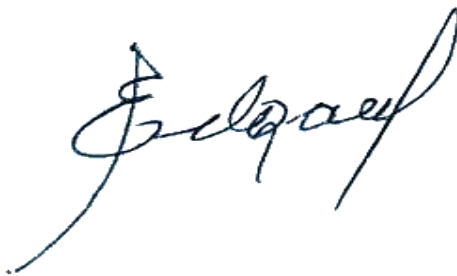
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado 10° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., únicamente en el sentido de **CONDENAR** a la AFP PORVENIR 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 de la demandante en esta. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

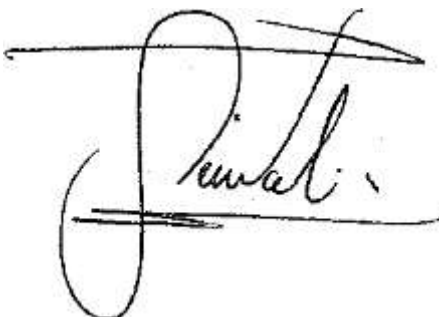
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



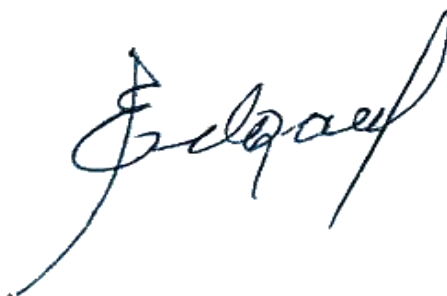
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

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



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE NEYLA AGUADITA PULIDO RODRÍGUEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) 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 **NEYLA AGUADITA PULIDO RODRÍGUEZ**, se declare que existió vicio en el consentimiento por falta de información cierta, clara y oportuna al momento de firmar el formulario No. 01352177 de vinculación a la AFP Porvenir S.A., por medio de la cual se efectuó el traslado de régimen de pensiones; que se declare la nulidad del acto, solicitud o formulario por medio del cual se efectuó su traslado del RPM al RAIS; que se declare que para efectos pensionales nunca dejó de estar afiliada y vinculada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

En consecuencia, de lo anterior, se condene a la AFP Porvenir S.A. a realizar el traslado de todos los aportes que se encuentre en su cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros y valor del bono de pensiones a Colpensiones; que se condene a Colpensiones a recibir todos los aportes, rendimientos y valor del bono de pensiones que se encuentre en su cuenta de ahorro individual, al pago de costas procesales y lo que resulte probado ultra y extra petita (f° 5).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 3-4), señaló en síntesis, que nació el 23 de octubre de 1990; que el día 25 de abril de 1985, se afilió a través de su empleador al ISS en donde efectuó cotizaciones hasta el 25 de abril del año 2000; que durante el tiempo que cotizó para el régimen de prima media alcanzó 759 semanas de cotización; que el día 5 de abril del año 2000, fue trasladada a Porvenir S.A.

Narró, que el promotor comercial de la AFP Porvenir S.A. no le suministró una información clara, cierta, suficiente y oportuna en cuanto a las características del RAIS y del RPM al momento en que se efectuó la vinculación; que tampoco le dijo cómo se causaría la pensión, no le realizó una simulación de la pensión, ni le hizo una comparación de las posibilidades de pensionarse en cada uno de los regímenes pensionales.

Adujo, que aún se encuentra afiliada a la AFP Porvenir S.A.; que para el 15 de mayo de 2019, tenía ahorrado en su cuenta \$353.812.569 y acreditaba 1.731 semanas de cotización; que de acuerdo con el documento proferido por la AFP Porvenir S.A. del 21 de mayo de 2019, a los 58 años de edad con un total de 1.732 semanas tendría una mesada de \$1.358.100; que a través de apoderado presentó el 10 de mayo de 2019, petición ante la AFP Porvenir S.A. solicitando copia de la documentación e información que debió ser suministrada al momento de efectuarse el traslado de régimen pensional; que la entidad dio respuesta el 21 de mayo de 2019, indicándole que la información se brindó de manera verbal; que el 27 de junio de 2019, presentó solicitud de vinculación a Colpensiones, petición que fue negada el mismo día.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A. contestó (f°. 87-105), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, dijo no constarle los numerales 1 a 4, 18 y 19; respecto de los demás señaló no ser ciertos. Propuso como excepciones de mérito, las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

COLPENSIONES contestó (CD f° 106-113), oponiéndose a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos señaló ser cierta la vinculación de la demandante a dicho régimen, aportes realizados, traslado al RAIS, aportes realizados en el RAIS, proyección meada en el RAIS, petición y respuesta; respecto de los demás

hechos dijo no constarle. Propuso como excepción de fondo, las de prescripción, inexistencia del derecho de y de la obligación, buena fe e innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 11 de octubre de 2021 (CD fº 159), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de régimen pensional que efectuó la demandante NEYLA AGUADITA PULIDO RODRÍGUEZ, identificada con cédula de ciudadanía No.51.564.293, y que fuera realizado hacía el régimen de ahorro individual con solidaridad el día 05 de abril del año 2000, debido a la omisión en el deber de información por parte de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – POVENIR S.A., lo cual conlleva la ineficacia del traslado horizontal que realizó la demandada a la AFP HORIZONTE, de la que se ha dado cuenta en el presente proceso.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo las sumas correspondientes a capital, intereses, rendimientos, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales y en general todo valor que se haya recibido en el régimen de ahorro individual con solidaridad por concepto de cotizaciones realizadas en favor de la demandante, traslado que deberá realizar con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recepcionaron la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, conforme a lo ordenado en el numeral segundo que antecede, y a validar así la historia laboral de cotizaciones de la actora en el régimen de prima media con prestación definida, el cual se declara es el único al que en forma válida se ha encontrado afiliada la demandante.

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

Para fundamentar su decisión, hizo énfasis en las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral relacionadas con la nulidad e ineficacia del traslado desde el año 2008, destacando de las mismas, el deber de información en cabeza las administradoras de fondos de pensiones cuando se efectúa, el traslado de regímenes pensionales, la carga procesal que tienen dichas entidades; que no es necesario que los afiliados estuvieran amparados por el régimen de transición, ni que tuvieran un derecho adquirido o expectativa legítima cuando efectuaron el traslado régimen pensional y que no es suficiente la firma del formulario de afiliación.

Pasó seguido, indicó que el extremo demandado no había logrado demostrar a cabalidad con el deber de información en favor de la demandante, para el momento en que se efectuó el traslado del régimen pensional; esto es, el día 5 de abril del año 2000, toda vez que centraba su defensa en que se había efectuado el traslado conforme a la ley con la suscripción del formulario afiliación, siendo la única prueba allegada al proceso, la cual resultaba insuficiente para acreditar ese deber de información.

RECURSO DE APELACIÓN

AFP PORVENIR interpuso recurso de apelación, señalando que se opone a la decisión de primera instancia en la cual se declaró ineficacia del traslado por falta de información, para lo cual arguyó que si bien no desconoce la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en la cual se ha establecido la carga de la prueba de los fondos privados, lo cierto es que no se trata de que sea aplicada de manera indiscriminada, imponiendo obligaciones que para el momento de la época en la cual se realizó el traslado inicial no existían legalmente, pues para el año 2000, dicha información solamente se brindaba de manera verbal, sin que existiera la obligación de dejar prueba adicional al formulario de afiliación donde se constatará esa información, siendo el formulario de afiliación el único documento legalmente exigido por la Superintendencia Bancaria de esa época, ahora Superintendencia Financiera de Colombia. Destacó, que en el presente proceso se aportaron los formularios de afiliación efectuados por la demandante con los cuales se lograba evidenciar, que fueron suscritos de forma libre y voluntaria por ella.

Precisó, que a través de las sentencias SL3752-2020 y SL1061-2021, se ha establecido que aun cuando el deber de información en principio está en cabeza de las AFP, lo cierto es que hay ciertos actos de parte de los afiliados que dan a entender que adquirió el conocimiento con posterioridad a su afiliación en el régimen de ahorro individual con solidaridad y que teniendo pleno conocimiento del funcionamiento de dicho régimen optó de manera libre y voluntaria por permanecer afiliado al mismo y no retornar al régimen de prima media con prestación definida, específicamente a través de los actos de relacionamiento, pues teniendo la oportunidad de retornar nuevamente a Colpensiones en el año 2001, la demandante manifestó su deseo de seguir afiliada en el régimen de ahorro individual con solidaridad suscribiendo formulario de afiliación BBVA Horizonte, razón por la cual no hay lugar a declarar la nulidad o ineficacia del traslado.

Enfatizó, que la parte actora había manifestado su deseo principal de retornar al régimen de prima media con prestación definida por el hecho de la diferencia de la pensión que tendría con, situación que en ningún momento se configura como causal de nulidad o ineficacia del traslado, porque en Colombia coinciden dos regímenes pensionales, lo cual justifica que se presenten esas diferencias, siendo la finalidad del sistema general de pensiones cubrir los riesgos de vejez, invalidez y muerte, garantizando un aseguramiento, pero en ningún momento garantizar las expectativas pensionales de la parte demandante.

De otro lado, solicitó que en caso de confirmarse la decisión de primera instancia sea absuelva a devolver las comisiones de administración, porque es un concepto que se ha autorizado por la ley precisamente para las administradoras de fondos de pensiones; que es un concepto que se otorga como una retribución por la buena gestión que ha ejercido durante el tiempo en el cual estuvo vinculada a la parte demandante, consistente en incrementar el saldo de su cuenta de ahorro individual; así mismo sostuvo, que devolver esa suma de dinero a Colpensiones implicaría un enriquecimiento sin causa, porque en el caso de que hubiera permanecido afiliada al régimen de prima media, también habría generado esos descuentos, ya que los mismos están destinados a financiar la comisión de administración.

Resaltó, que en concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia se establece que cuando hay lugar de la nulidad o ineficacia del traslado, solamente procede devolver las cotizaciones junto con los rendimientos, sin que haya lugar a devolver estos dineros, teniendo en cuenta que las comisiones de administración son un monto que está destinado a financiar la pensión de vejez de la parte actora. De igual manera, debía tenerse en cuenta que si para los efectos de la ineficacia jurídica es entender que las cosas vuelven a su estado anterior, es decir, que no existió contrato de afiliación entre la parte demandante y la AFP, ello llevaría a entender que tampoco es una administración y que como consecuencia ya no se generaron unos rendimientos; por lo tanto, ya no habría lugar a devolverlo; sin embargo, pese a ello se aplican los efectos de la figura la ineficacia jurídica solamente para una de las partes de la relación contractual, pero sin que haya lugar a imponer la misma obligación para la parte demandante, siendo la ley clara en establecer que cuando hay lugar a la ineficacia jurídica, ambas partes están obligadas a restituciones mutuas.

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, sosteniendo que la declaratoria ineficacia vulnera y quebranta el principio sostenibilidad financiera, por lo que la entidad no puede asumir el arrepentimiento de la demandante habiendo ejercido

su derecho a la libre escogencia, ya que no existe prueba de coacción para que permanencia en el régimen de ahorro de individual durante tantos años. Acotó, que debe tenerse en cuenta también que la decisión vulnera lo previsto especialmente en la Ley 797 2003 y la Ley 100 de 1993, así como el Decreto 3800 de 2001; adicionalmente, todas las conductas desplegadas por la entidad fueron de buena fe y con la plena convicción de estar obrando conforme a derecho, razón suficiente para que se revoque la condena en costas.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones y Porvenir S.A., así como en 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 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. También se analizará si hay lugar a la condena en costas en primera instancia a cargo de Colpensiones.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora NEYLA AGUADITA PULIDO RODRÍGUEZ se afilió al ISS donde aportó desde el 25 de abril de 1985, al 25 de abril de 2000, un total de 769 semanas de cotización, conforme se desprende de la documental vista a folio 34 v/to; en donde se encuentra historia laboral reportada en el sistema de bonos pensionales expedido por Porvenir S.A. (f° CD f° 149); y *ii)* que el **5 de abril de 2000**, suscribió formulario de traslado al RAIS con la AFP Porvenir S.A. (f° 101), *iii)* posteriormente, se trasladó a la AFP BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A., 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.

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

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

En el presente caso, se observa que fue arrimado al expediente el formulario de solicitud de afiliación y traslado suscrito con la AFP Porvenir S.A. del **5 de abril 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 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 preeminencia frente al afiliado lego (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4426-2019).

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.

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.

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 como erradamente lo señala el apelante, 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.

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

En 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 adocrinó:

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

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, 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 PORVENIR 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 NEYLA AGUADITA PULIDO RODRÍGUEZ, 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 EN PRIMERA INSTANCIA

En cuanto a la condena en costas a Colpensiones en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas a la parte vencida en el proceso, luego al resultar dicha entidad también vencida en juicio en tanto tiene recibir los aportes de la cuenta individual de la demandante y demás emolumentos aquí

ordenados; además de presentar oposición a las pretensiones de la demanda, debe ser condenada en costas.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A. como quiera que sus recursos de alzada no salieron adelante.

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

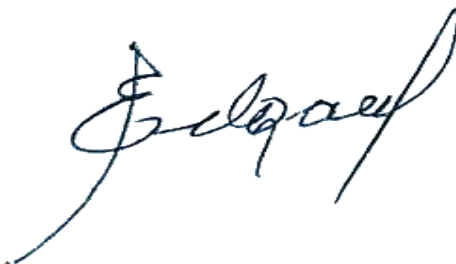
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., únicamente en el sentido de **CONDENAR** a PORVENIR 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.

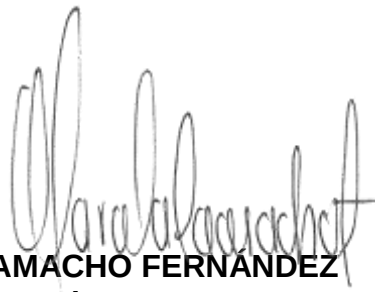
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

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

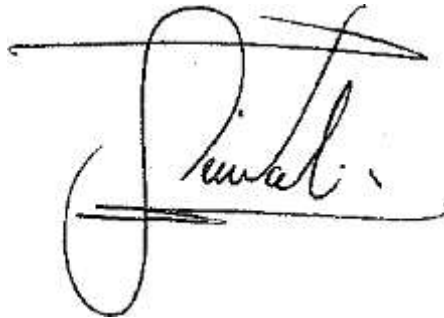
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



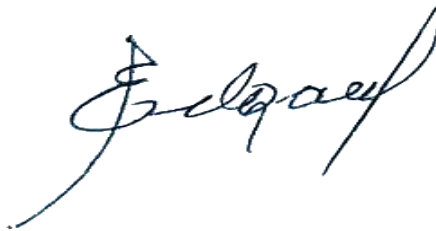
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A., en la suma de \$1.000.000 a cargo de 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 ÉDGAR ALFREDO BARRERO CARRILLO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A., AFP PROTECCIÓN S.A. Y AFP SKANDIA S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) 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 el señor **ÉDGAR ALFREDO BARRERO CARRILLO**, se declare la nulidad de la afiliación y traslado al RAIS, realizado en el año 1994, con la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se condene a la AFP Porvenir S.A. al traslado de sus aportes pensionales del RAIS al RPM; se condene a la AFP Porvenir S.A. a que reembolse de forma integral los cobros, gastos de administración de los aportes pensionales, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil, sin que haya lugar a que de dicha suma se realicen descuentos, ni deducción alguna por concepto de seguro de invalidez o sobrevivencia, ni por gastos de administración, los que deben ser asumidos por el fondo; que se condene a Colpensiones para que acepte su vinculación a dicho régimen y reciba el traslado de aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración; se condene a la AFP Porvenir S.A. a asumir a su cargo el deterioro sufrido por el bien administrado de conformidad con el artículo 963 del Código Civil; que se condene a Colpensiones que reciba los dineros de traslado para que estos sean

validados en su historia laboral, a las demandadas al pago de costas procesales y lo probado ultra y extra petita(Exp. Digital – cuaderno 1- pág. 21).

Como hechos fundamento de las pretensiones (Exp. Digital – cuaderno 1- pág. 7), señaló en síntesis, que laboró a favor de diferentes empleadores de naturaleza tanto privadas como públicas, siendo efectuados sus aportes pensionales al ISS, desde el 15 de octubre de 1981, hasta el 31 de marzo de 1996; que la AFP Porvenir S.A. en el año 1996, contrató un sin número de vendedores o asesores comerciales para la captación de trabajadores y su respectiva afiliación a la AFP.

Narró, que los vendedores o asesores contratados por la AFP Porvenir S.A. el día 14 de abril de 1997, solo se limitaron a llenar el formulario para que firmará sin ninguna asesoría; que el asesor no tenía un amplio, experto e idóneo conocimiento en temas de seguridad social; estando la vinculación al RAIS viciada en un error insubsanable del conocimiento; que fue engañado por parte de la AFP quien le realizó promesas y maravillas respecto del RAIS; entre otros, pensionarse en un tiempo menor, sin inferir en el monto de la mesada pensional, siendo una mesada mayor que la que recibiría en el ISS.

Refirió, que para el momento del traslado AFP Porvenir S.A. no le efectuó una simulación o proyección, o cuadro comparativo de la pensión de vejez que podría recibir de un régimen a otro; que la entidad le indicó al momento del traslado que el ISS se iba a desaparecer; aseguró, el actor que Colpensiones no realizó ninguna gestión para desvirtuar los argumentos de la AFP en cuanto se decía que se iba acabar; tampoco procuró dar una información a él y a los demás afiliados que presentaban solicitud de traslado.

Por último, señaló que desde hace 4 años ha estado procurando gestionar ante la AFP Porvenir S.A. el traslado de régimen, siendo su última solicitud radicada el 11 de mayo de 2017, del cual no obtuvo respuesta; que el día 17 de mayo de 2017, solicitó ante Colpensiones la afiliación a dicho régimen, la cual fue negada.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (Exp. Digital – cuaderno 140-167), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó fecha de nacimiento de la demandante, afiliación y aportes realizados por la actora ante dicho fondo y fecha de traslado al RAIS; respecto de los demás hechos, dijo no constarle.

Propuso como excepciones de fondo, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, cobro de no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción e innominada o genérica.

COLFONDOS S.A. contestó (Exp. Digital – cuaderno – página 184-205), también oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, dijo ser cierta la fecha de traslado a dicho fondo; no ser ciertos los numerales 11 a 16, y no constarle los demás. Propuso como excepciones de fondo, las de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos.

PORVENIR S.A. contestó (Exp. Digital – cuaderno 01- pág. 167), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos aceptó la permanencia del demandante a dicho fondo; en cuanto a los demás, señaló no constarle los numerales 1, 23 a 25, 27 a 30, 42 y 43; y no ser ciertos los demás. Propuso como excepciones de fondo, prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin justa causa e innominada o genérica.

COLPENSIONES contestó (Exp. Digital – cuaderno 01- pág. 327), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos, aceptó la vinculación del actor ante dicha entidad y el tiempo de permanencia en el mismo, la petición que fue radicada y su respuesta; respecto de los demás hechos señaló no constarle. Propuso como excepciones de fondo, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación e innominada o genérica.

Mediante auto del 13 de marzo de 2020 (Exp. Digital – cuaderno 01- pág. 363), el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, ordenó vincular al proceso a las AFP Protección y Old Mutual.

PROTECCIÓN S.A. contestó (Exp. Digital – carpeta- CD folio 188), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos aceptó que el actor se encuentra vinculado actualmente a la AFP Porvenir S.A.; respecto de los demás hechos, señaló no contarle y propuso como excepciones de fondo, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y traslado de aportes.

Respecto de la **AFP SKANDIA S.A.** mediante auto del 19 de noviembre de 2021, se tuvo por no contestada la demanda (Exp. Digital – cuaderno 05).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante auto del 21 de octubre de 2021, el Juzgado 1° Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., asumió el presente proceso teniendo en cuenta lo establecido en el Acuerdo PCSJA21-11766, del 11 de marzo de 2021, quien a través de sentencia del 25 de noviembre de 2021 (Exp. Digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por el demandante **ÉDGAR ALFREDO BARRERO CARRILLO**, identificado con C.C N.º 79.230.281, del régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con solidaridad a través de la AFP OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A., efectuado el día 1 de abril de 1996, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al demandante **ÉDGAR ALFREDO BARRERO CARRILLO**, identificada con C.C N.º 79.230.281, al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, como si nunca se hubiera trasladado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada AFP PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor demandante **ÉDGAR ALFREDO BARRERO CARRILLO**, identificado con C.C N.º 79.230.281 como cotizaciones, aportes adicionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración, sumas que deberá ser indexadas al momento de su traslado de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuesta por la pasiva.

QUINTO: ABSOLVER a las entidades demandadas de las demás pretensiones invocadas.

SEXTO: Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCION S.A. Y SKANDIA S.A. a favor de la demandante. Fíjese la suma de \$500.000 como agencias en derecho a cargo de cada uno de las accionadas.

Como fundamento de su decisión, hizo alusión a las diferentes sentencias proferidas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia relacionadas con la ineficacia del traslado; aduciendo que en las mismas se ha plasmado que la firma del formulario no es suficiente para demostrar el deber de información que les acarrea a las AFP , sobre la carga de la prueba a cargo de las AFP; que el traslado no se convalida por los diferentes traslados horizontales que se efectúan entre administradores que conforman el RAIS, y finalmente, que no es necesario que el afiliado se encuentre en el régimen de transición, o que tenga un derecho consolidado para solicitar la ineficacia de esa afiliación.

Paso seguido, hizo referencia a las pruebas allegadas al proceso, aduciendo que el traslado al RAIS se dio el 1° de abril de 1996, por medio de la AFP Old Mutual; posteriormente, se había trasladado a Porvenir el 14 de abril de 1997, después se había trasladado a Colpatria y finalmente el 28 de abril de 2000, había retornado a Horizonte hoy a AFP Porvenir, siendo esta la entidad que actualmente administra los recursos del demandante.

Acotó, que con los medios probatorios allegados al plenario no se evidenciaba que para el momento en que se efectuó el cambio de régimen pensional la AFP Old Mutual hubiera impartido al demandante una información que abarcará las características del RAIS, las diferencias con el régimen de ahorro individual y las ventajas y desventajas, considerando que ninguna de las pruebas que obran dentro del expediente daban cuenta de que al demandante se le hubiese impartido una debida asesoría o una información necesaria en el momento en que se efectuó el cambio de régimen pensional; tampoco se había podido determinar confesión alguna con el interrogatorio de parte absuelto por él; que por el contrario, en su declaración había reiterado lo dicho en la demanda; aunado que el formulación de traslado no había sido aportado al proceso.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación, señalando que si bien existe un precedente del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, el mismo no se debe aplicar de manera objetiva; toda vez que se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto; siendo por ello, que no le asiste razón al fallador de primera instancia

en atribuirle la responsabilidad a Porvenir por ser la última entidad en la que se afilió el demandante, a fin de que devuelva la totalidad de los aportes realizados como los gastos de administración, debiéndose tener en cuenta que los gastos de administración son un reconocimiento a los intereses y a los rendimientos que se han causado durante su afiliación a dicha entidad, trayendo a colación la sentencia T 569 de 2015.

Indicó, que debe tenerse en cuenta que traslado inicial no se realizó con Porvenir sino con Old Mutual; que al momento en que se devuelva todo a su estado inicial, significa que no le correspondería al demandante los rendimientos financieros que las AFP generaron durante 26 años; que en la decisión de primera instancia se tomó lo más favorable para el demandante, como si se hubiese probado algún elemento de vicio dentro del proceso.

Agregó, que en la sentencia de primera instancia se está tomando la ineficacia porque no se obtiene un documento en el cual se evidencie, a parte del formulario de afiliación, la información que se le brindó al demandante, debiéndose tener en cuenta que para el momento de dichas afiliaciones no era obligatorio presentar ningún otro documento diferente del formulario de afiliación; que también debe tenerse en cuenta los actos de relacionamiento, toda vez que el demandante tuvo cuatro ocasiones en las cuales se puso de presente que era su intención estar afiliado al régimen de ahorro individual.

Recalcó, que no es factible ordenar la devolución de gastos de administración, teniendo en cuenta lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en el que se establece que en el régimen de prima media se destina el 3% de las cotizaciones a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia, y los gastos de administración no forman parte integral de la pensión, por lo que están sujetos a la prescripción, como también la prima de seguros o cualquier otra suma diferente al capital de la cuenta individual del afiliado o los rendimientos financieros.

COLPENSIONES también interpuso recurso de apelación, argumentando que su reproche consiste en el deber de información por parte de la AFP demandada al momento de la suscripción del formulario de afiliación, pasándose por alto que para la fecha en que se realizó el traslado o los traslados, la normativa aplicable era la Ley 100 de 1993, siendo una de sus características la aceptación espontánea, libre y expresa del afiliado para trasladarse del régimen, siendo que la aceptación se perfeccionaba a través de la firma del formulario de afiliación, lo cual en este asunto se dio a plenitud según se derivaba de las pruebas aportadas.

Arguyó, que debe considerarse que para la fecha de la suscripción y firma del formulario en el año 1996, no existía la Ley 1748 del 2014 o el Decreto 2071 del 2015, con los cuales nace la obligación de las AFP de dar una doble asesoría a sus afiliado; así las cosas, el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debe brindar al momento de la afiliación deben ser valorados bajo la normativa vigente para la fecha de suscripción del formulario, no siendo razonable jurídicamente imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima.

De otro lado, señaló que la decisión de primer grado no tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica en torno a que Colpensiones es un tercero en este asunto, recordando que los actos jurídicos en principio tienen efectos *inter partes* y las consecuencias que se derivan de la celebración de ese acto jurídico solo deben repercutir a las partes involucradas.

Sostuvo, que el accionante ha permanecido en el RAIS por más de 24 años, resultando Colpensiones lesionada con la decisión adoptada, en cuanto a la afectación del equilibrio y sostenibilidad financiera del sistema consagrados en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005; que tampoco se tuvo en cuenta el artículo 2° de la Ley 797 del 2003, en el cual se hace una prohibición expresa de que el afiliado no podrá trasladarse al régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, no siendo un artículo caprichoso, ya que tiene una razón de ser que es la de proteger el fondo común por medio del cual se usa para pagar las respectivas pensiones a las personas que efectivamente cumplen con los requisitos estipulados en la normativa nacional y así no generar un desequilibrio patrimonial, por lo que, que debe tenerse en cuenta que los recursos que recibe la administradora por concepto de cotizaciones de los afiliados al sistema no son suficientes para pagar las pensiones a su cargo, esto se sustenta además con jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencias C 1024 del 2004 y C 062 del 2010.

Añadió, que en caso de que se llegare a confirmar la decisión de primera instancia, se mantenga la condena impuesta a la AFP, en el entendido que está reintegre la totalidad de la cotización que recibió por parte del demandante, esto es, los recursos de la cuenta individual, rendimientos, bonos pensionales, cuotas de seguridad

profesionales, cuotas de administración, y en general todos los aportes efectuados por el accionante a la AFP.

Finalmente, en cuando a la condena en costas del proceso solicitó que se tenga en cuenta que no está llamada a prosperar toda vez que Colpensiones actuó en estricto cumplimiento del orden legal.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver los recursos de apelación interpuesto por Porvenir S.A. y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, 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 el demandante a través de la AFP Skandia S.A. y con posterioridad a otras a AFP, 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 ÉDGAR ALFREDO BARRERO CARRILLO se afilió al ISS donde aportó desde el 15 de octubre de 1981, al 31 de marzo de 1996, un total de 361,13 semanas de cotización (Exp. Digital – cuaderno 01); y *ii)* que el **1 de mayo de 1996**, suscribió formulario de traslado al RAIS con la AFP Old Mutual hoy Skandia S.A. (Exp. Digital – cuaderno 10); *iii)* que posteriormente, se trasladó a Porvenir S.A. el 14 de abril de 1997; *iv)* que el 29 de enero de 1999, se trasladó a Colmena hoy Protección S.A.; y *iv)* que el 18 de febrero del año 2000, se trasladó a Colpatria hoy Porvenir S.A., entidad en cual se encuentra vinculado 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 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 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 –**1 de mayo de 1996**–, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003 -, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Cabe advertir que el presente caso no se aportó el formulario de afiliación que suscribió el demandante con la AFP Old Mutual hoy Skandia S.A. del **1 de mayo de 1996**, lo cual demuestra desde ya la omisión en la que incurrió dicho fondo al momento del traslado; pues no existe prueba alguna que determine que brindó al actor toda la información necesaria para el traslado de régimen pensional como lo exige la jurisprudencia en cita.

En cuanto a los demás formularios de afiliación que fueron aportados por las AFP 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.

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 como erradamente lo señala el apelante, 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.

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

En 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 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.

Así como también dicha obligación está a cargo de las demás AFP demandadas, pues así también lo ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral como se pudo ver en sentencia CSJ SL843-2022, en la que dijo:

Paralelamente, se ordenará a Porvenir S.A, Protección S.A. y a Colfondos S.A., a trasladar a Colpensiones las comisiones y los gastos de administración que fueron cobrados durante todo el tiempo de afiliación de la demandante, así como los valores de las primas de los seguros previsionales y el porcentaje de la cotización destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los cuales deberá cancelar debidamente indexados, y que deberá asumir con cargo a sus propios recursos.

Lo anterior, por cuanto al declararse la ineficacia del traslado, las cosas vuelven a su estado anterior, de manera que la administradora tiene que asumir los deterioros del bien administrado, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta del fondo, al haber incurrido en la omisión de brindar la información adecuada, oportuna y suficiente al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuentan de la cotización y de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

Por tal razón, esa declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020). (subrayado y negrilla fuera el texto original).

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

Lo anterior, no 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 EN PRIMERA INSTANCIA

En cuanto a la condena en costas a Colpensiones en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas a la parte vencida en el proceso, luego al resultar Colpensiones también vencida en juicio en tanto tiene que recibir al actor y activar su afiliación, además de presentar oposición a las pretensiones de la demanda, debe ser condenada en costas.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones como quiera que sus recursos de alzada no salieron 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:

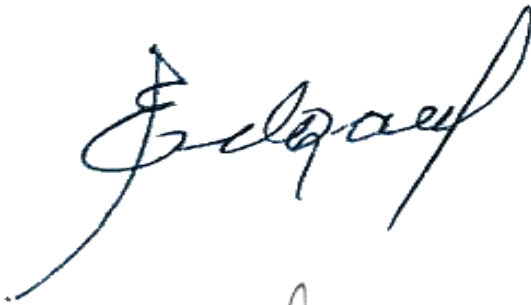
PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado 1° Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., únicamente en el sentido de **CONDENAR** a las AFP PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A. a trasladar

a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de ellas, 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 en cada una de ellas. 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 y Porvenir S.A.

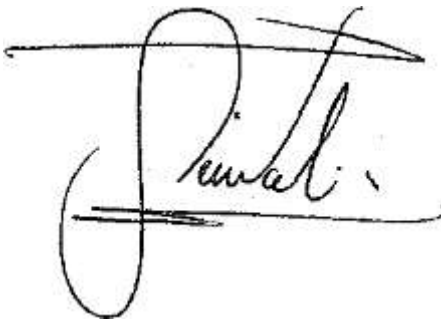
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



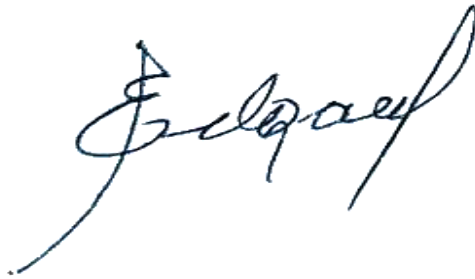
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A., en la suma de \$1.000.000, a 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 ÁLVARO GARCÍA SARMIENTO
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) 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 el señor **ÁLVARO GARCÍA SARMIENTO**, se declare la nulidad de traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado el 9 de julio de 1998, se ordene a la AFP Porvenir S.A. anular la afiliación; que se condene a la AFP Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones a título de cotizaciones, el saldo de su cuenta de ahorro individual, junto con los dividendos y rendimientos financieros, así como los costos generados por concepto de administración; que se ordene a Colpensiones a reactivar la afiliación en las mismas condiciones que tenía antes de efectuar el traslado de régimen pensional como si nunca se hubiera efectuado el mismo, y a registrar en la historia laboral el detalle de las cotizaciones transferidas por Porvenir S.A. (Exp. Digital – cuaderno 1- pág. 9).

Como hechos fundamento de las pretensiones (Exp. Digital – cuaderno 1- pág. 6-7), señaló en síntesis, que nació el 9 de diciembre de 1951; que estuvo afiliado de forma ininterrumpida al régimen de prima media con el ISS hoy Colpensiones desde el mes de

enero de 1996, hasta el 9 de julio de 1998; que desde el 9 de julio de 1998, se encuentra afiliado al RAIS, traslado que se efectuó con la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A.

Relató, que al momento del traslado la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A., se limitó a informarle que en el RAIS tendría una pensión más elevada respecto de la que podría tener en el RPM; que dicha entidad no le realizó una asesoría a través de un actuario o profesional especializado con el cual se pudiera entender las implicaciones del traslado de régimen; que el único documento entregado por la AFP fue el formato de solicitud de afiliación y traslado. Adujó, que durante su vida laboral se ha desempeñado como conductor; por lo que no cuenta con la experticia para conocer el funcionamiento del régimen pensional.

De otro lado, señaló que el 3 de abril de 2019, presentó derecho de petición a Porvenir S.A. tendiente a obtener la nulidad de la afiliación; sin que dicha entidad diera respuesta; que el 19 de abril de 2019, radicó derecho de petición en Colpensiones tendiente a obtener la reactivación de la afiliación en dicho régimen, la cual fue negada.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (Exp. Digital – cuaderno 01- pág.8), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó fecha de nacimiento del demandante, su afiliación a dicho régimen y aporte realizados, petición y respuesta; respecto de los demás hechos manifestó 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.

PORVENIR S.A. contestó (Exp. Digital – cuaderno 01– página 157), también oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la vinculación del actor a dicho fondo; frente a los demás, dijo no ser ciertos los numerales 3 a 10, 13, 14, 16 y 17, y no constarle los demás. Propuso como excepciones de fondo, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 13 de diciembre de 2021 (Exp. Digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por:

- El señor ÁLVARO GARCÍA SARMIENTO con la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A el 9 de julio de 1998 contenida en el formulario No. 092266.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR SA a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular el señor ÁLVARO GARCÍA SARMIENTO dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: Igualmente, PORVENIR debe incluir todos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales del demandante, valores que debe ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados.

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

QUINTO: Se declaran no probadas las excepciones presentadas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

SEXTO: Se condena en costas al fondo privado demandado Porvenir y a favor del demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento de pago, a cargo de cada uno de los fondos. se exonera de costas a Colpensiones.

Como fundamento de su decisión, hizo un recuento jurisprudencial relacionado con el deber de información que debe ser garantizado por los fondos de pensiones al momento del traslado de régimen pensional, indicando que dicho deber no nació con las reformas de la Ley 100 de 1993, sino que lo fue desde el nacimiento de dicha norma; que para el momento del traslado que efectuó el demandante la norma que lo cobijaba era el artículo 13, literal b), artículo 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, y todas las normas constitucionales relativas al derecho de información.

Acotó, que el contenido mínimo de alcance de ese deber de información que debió suministrar Colpatria al demandante, era la ilustración de las características, condiciones, acceso y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales; que fue con posterioridad se introdujo por parte del legislador el deber de asesoría y buen consejo, y el de doble asesoría; debiéndose considerar que el deber de información debe permanecer desde el momento de la afiliación y durante su permanencia.

Indicó, que el demandante para el momento del traslado contaba con 43 años de edad, y no acreditaba el requisito para ser beneficiario del régimen de transición; no obstante, ello no desligaba a las AFP del deber de información, como quiera que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no es necesario que deba existir un derecho consolidado.

Seguidamente, hizo referencia a la prueba documental e interrogatorio de parte rendido por el demandante; frente al cual consideró que no existía ningún medio de convicción que diera certeza de que el fondo Colpatria hoy Porvenir S.A. al momento del traslado le hubiera suministrado información, clara, veraz y precisa respecto de las consecuencias que le traería a su futuro pensional la decisión de trasladarse de fondo privado, lo cual constituía una flagrante omisión a su deber de información; fundamentos por los cuales declaró la ineficacia del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, indicando que el demandante se encuentra incurso en la prohibición legal para el retorno al régimen de prima media; además, de que no se acreditó los vicios del consentimiento. En cuanto al deber de información, señaló que si bien la AFP le debió informar de manera suficiente al actor, ello no lo exoneraba de que debió recurrir de manera suficientemente ilustrado a la escogencia de su régimen pensional del cual dependía sus expectativas económicas; también debía tenerse en cuenta que para el momento del traslado el demandante ya era mayor de edad y plenamente capaz para suscribir contratos.

Indicó, que en los casos en que se declaraba la ineficacia del traslado, ello afectaba la sostenibilidad financiera del sistema y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados, porque personas que no han permanecido, ni contribuido en el RPM entran a beneficiarse a costas de cotizaciones y riesgos asumidos por otras personas y no por ellos mismos.

Enfatizó, que según el artículo 167 del CGP incumbe a las partes probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellos persiguen; en el presente caso no obra prueba alguna del comparativo de los dos regímenes, ni tampoco se aportaron simulaciones pensionales, lo cual no permite establecer el costo de la pensión en el RPM, como tampoco permite evidenciar si existe un perjuicio para el demandante de su mesada pensional en uno u/o régimen.

PORVENIR S.A. también interpuso recurso de apelación, argumentando que no es posible declarar una ineficacia del traslado para el año de 1998, teniendo en cuenta que para la época en que se da el traslado estaba vigente el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, y la circular 19 de 1998, emitida por la Superintendencia Financiera en la cual se establecía el consentimiento con la sola suscripción del formulario de afiliación, como lo hizo la entidad.

Refirió, que debe tenerse en cuenta que lo que se está solicitando es la ineficacia, pero no con sustento en el deber de información, si no por el mero cumplimiento de una expectativa pensional; por lo que si se tiene en cuenta lo establecido en el literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, en ningún lado se dice que cuando el afiliado no cumple con su mera expectativa pensional podrá de manera judicial o por cualquier otro medio solicitar la ineficacia del traslado; por el contrario se dice que es cuando se vulnerado el derecho de selección de régimen pensional.

Acotó, que tampoco era dable aducir que se faltó al deber de información al no haberse aportado otro documento distinto al formulario de afiliación, teniendo en cuenta que para el momento del traslado ninguna AFP estaba obligada de aportar documento distinto al formulario, debiéndose tenerse en cuenta que el traslado se dio con Colpatria y no con Porvenir, por lo que al momento en que se fusionó, este fondo solo trasladó lo concerniente a la historia documental que tiene del demandante donde consta únicamente el formulario de afiliación debiéndose tener en cuenta que solo hasta el año de 2014, fue que se le otorgó a las AFP el deber de doble asesoría con soporte documental; que tampoco debe exigirse a la entidad brindar asesoría conforme los parámetros de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, toda vez que los mismos se dieron mucho tiempo después de surtido el traslado.

De otro lado, adujo que no es posible que se ordene la devolución de los gastos de administración teniendo en cuenta que en el RPM se destina un 3% para financiar los mismos por invalidez y sobrevivencia; de manera que, tales gastos no están llamados a financiar la pensión de vejez, por lo que debe declararse su prescripción; aunado a que también debe tenerse en cuenta que la Superintendencia Financiera mediante concepto emitido el 15 de enero del año 2020, manifestó de manera clara y expresa que en los casos en que surge la ineficacia del traslado los únicos dineros que se deben retornar a Colpensiones serían las cotizaciones junto con sus rendimientos, sin que se mencionen los gastos de administración, seguros provisional o cualquier otro dinero distinto a los mencionados; que al ser devueltos configura un enriquecimiento sin justa causa a favor

de Colpensiones, no existiendo ninguna norma legal o constitucional que disponga tal devolución de tal concepto.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver los recursos de apelación interpuesto por Porvenir S.A. y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, 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 el demandante a través de la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A., es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por el actor en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor ÁLVARO GARCÍA SARMIENTO se afilió al ISS donde aportó desde el 1° de enero de 1996, al 31 de julio de 1998 (Exp. Digital – cuaderno 02); y **ii)** que el **15 de julio de 1998**, suscribió formulario de traslado al RAIS con la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. (Exp. Digital – cuaderno 01-pág. 181), entidad en cual se encuentra vinculado 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 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 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 –**15 de julio de 1998**-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003 -, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Ahora bien, que en este asunto la AFP Porvenir S.A. no allegó al plenario prueba alguna que demuestre que para el **15 de julio de 1998**, ilustró al accionante sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, tan solo aportó el formulario de afiliación.

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 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

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.

calidad de pensionada, pues en este evento la jurisprudencia tiene sentado que no es factible revertir o retrotraer dicha calidad para restablecer la afiliación en el régimen de prima media, como si la persona nunca se hubiese trasladado de régimen (CSJ SL373-2021); sin embargo, esta es una precisa excepción no aplicable al caso concreto.

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

En 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 adocrinó:

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

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, **debidamente indexados** y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, todo 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 las AFP PORVENIR 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 del señor ÁLVARO GARCÍA SARMIENTO, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta del demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no 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 Porvenir S.A. y Colpensiones como quiera que sus recursos de alzada no salieron 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 numeral SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., únicamente en el sentido de **CONDENAR** a la AFP PORVENIR 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 en esta. 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.

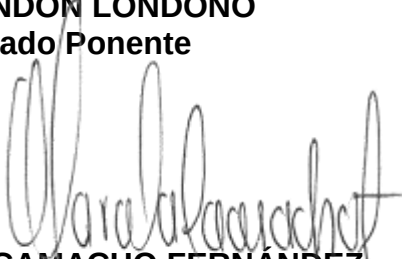
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

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

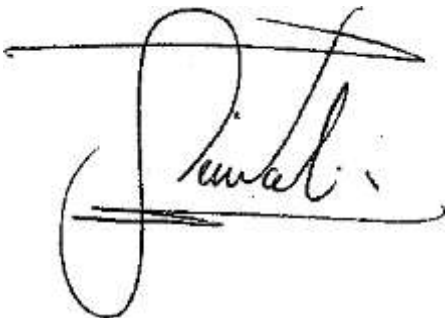
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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 y Porvenir S.A., en la suma de \$1.000.000, a cargo de 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 GONZALO FLAVIO NÚÑEZ
PICÓN CONTRA EL FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA.**

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) 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 el señor **GONZALO FLAVIO NÚÑEZ PICÓN**, se reconozca y pague una pensión sanción en porcentaje del 75% de todos los factores salariales de su último año de trabajo al servicio de Ferrocarriles Nacionales De Colombia, debidamente indexados, a partir del 18 de febrero de 2013, la indexación de las mesadas causadas mes a mes; se condene ultra y extra *petita* y a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 23-27 exp. físico), señaló que laboró para Ferrocarriles Nacionales De Colombia desde el 1º de marzo de 1978, hasta el 29 de diciembre de 1991; que su contrato de trabajo se terminó por supresión del cargo, el cual fue de mecánico reparador III; que el promedio salarial durante el último año de servicios fue de \$202.853,23; que el 18 de febrero de 2013, cumplió 60 años de edad, data en la que también solicitó el reconocimiento y pago de la pensión sanción; que mediante Resolución 4890 del 25 de noviembre de 2013, le fue negada, decisión que fue confirmada a través de la Resolución 1698

del 16 de julio de 2014, al resolver un recurso de reposición contra el acto administrativo anterior.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

El **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** contestó (f.º 41-45 exp. físico), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda por considerar que al accionante Colpensiones le viene reconociendo y pagando una pensión de vejez desde el año 2013, para la cual se tuvieron en cuenta los 13 años, 7 meses y 3 días laborados por el actor para Ferrocarriles Nacionales De Colombia. Respecto de los hechos los aceptó casi todos, excepto el que tiene que ver con el promedio salarial del último año de servicios, el cual indicó no constarle.

Formuló como excepción previa la de falta de integración del litis consorcio necesario con Colpensiones, la cual se declaró no probada en audiencia celebrada el 27 de marzo de 2019. Y de fondo, propuso las de inexistencia de las obligaciones reclamadas, prescripción, falta de título y causa para demandar.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 25 de agosto de 2020 (f.º 85-87 exp. físico), resolvió:

PRIMERO: CONDENAR al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, a reconocerle y pagarle al demandante al señor GONZALO FLAVIO NÚÑEZ PICÓN, la pensión restringida de jubilación prevista en el artículo 8º de la ley 171 de 1961 a partir del 18 de febrero de 2013, en cuantía inicial de \$1.406.583,89 pesos, junto con incrementos legales determinados por el Gobierno Nacional y en catorce (14) mesadas pensionales.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada a pagar al demandante las mesadas pensionales adeudadas debidamente indexadas desde que cada una de ellas se hizo exigible y hasta cuando se verifique el respectivo pago.

TERCERO: AUTORIZAR al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA a descontar del valor del retroactivo adeudado los aportes en salud con destino a la EPS que se encuentre afiliado el actor.

CUARTO: DECLARAR PROBADA de manera parcial la excepción prescripciones de las mesadas generadas con antelación al 26 de septiembre de 2014 y no probadas las restantes, en tanto que no enervaron las pretensiones.

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandada, por haber sido vencida en juicio, en oportunidad se tasarán. Se fijan como agencias en derecho las suma de 3 SMMLV para esta anualidad.

Fijó como problema jurídico, determinar si el actor tiene derecho al reconocimiento de una pensión sanción conforme el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, y si esta prestación es incompatible con la de vejez otorgada por Colpensiones.

Citó textualmente el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, e hizo referencia a las sentencias CSJ SL4170-2014 y CSJ SL13780-2017, para indicar que cuando los trabajadores son despedidos sin justa causa con más de 10 o 15 años de servicios, así como los que se retiraron voluntariamente después de 15 años de servicios, tenían derecho a la pensión sanción, y que la edad no era un requisito de causación sino de exigibilidad, dado que se configuraba, con el retiro del servicio o el despido injustificado después del tiempo mínimo de servicios requerido. Agregó, que de acuerdo con la sentencia CSJ SL 17704 de 2015, el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, frente a los trabajadores oficiales, conservó su vigencia hasta el momento en el cual entró en vigencia la Ley 100 de 1993.

También refirió que el hecho de que un contrato de trabajo termine por la existencia de un modo legal no significa que esa finalización fuese por justa causa en la medida en que estas se encontraban taxativamente en la ley. Adicionó que conforme la sentencia CC T-1198 de 2019 que rememoró la sentencia 45545 del 6 de septiembre de 2011, en la que se sostuvo que la subrogación del Instituto de Seguros Sociales en vigencia del Acuerdo 224 de 1966 no opera tratándose de pensiones especiales de jubilación reguladas por el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, las cuales quedan a cargo exclusivo del empleador, ya que, las primeras se establecieron para garantizar la estabilidad laboral del trabajador y no para cumplir las dolencias de vejez, invalidez y muerte como si lo hacen las segundas.

Advirtió, que en este proceso estaba probado que: *i)* el actor había laborado para la extinta Ferrocarriles Nacionales de Colombia mediante contrato de trabajo en calidad de trabajador oficial por espacio de 13 años, 7 meses y 3 días, entre el 1° de marzo de 1978, y el 29 de diciembre de 1991, siendo su último cargo el de reparador III del Distrito Talleres de Facatativá - División Central, devengando un salario promedio final de \$202.853,23 pesos; *ii)* el vínculo laboral terminó en forma unilateral por supresión del cargo, es decir, sin justa causa por parte de la empleadora; y *iii)* el demandante el 18 de febrero de 2013, cumplió 60 años de edad.

Sostuvo que el actor cumplía con los dos requisitos exigidos por el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, toda vez que fue despedido sin justa causa el 29 de

diciembre de 1991, data para la cual acreditaba 13 años, 7 meses y 3 días de servicios de forma continua al extinto Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

Expuso, que la demandada no allegó prueba alguna que demostrara que Colpensiones ya le había reconocido pensión de vejez al actor y menos que para su liquidación se hubiese tenido en cuenta el tiempo laborado para Ferrocarriles Nacionales de Colombia, pero que incluso de haberse demostrado, no eran incompatibles en la medida en que la pensión sanción corría única y exclusivamente a cargo del empleador y su objeto no era cubrir las contingencias de vejez, invalidez y muerte, mientras que la pensión de vejez que cubre riesgos de origen común se encontraba a cargo de las administradoras del Sistema General de pensiones. Agregó que a partir de la data en que se reconozca la pensión de vejez al actor, solo quedara a Cargo de la demandada el mayor valor entre la pensión de vejez, y la pensión sanción.

Estimó que la prestación aquí reconocida, debe liquidarse de manera proporcional al monto de la que le hubiere correspondido por pensión de jubilación, es decir, que al haber laborado 5.051 días, le correspondía un porcentaje o una tasa de reemplazo del 52.61% sobre el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios, esto era, \$202.853,23, suma que debía indexarse a la fecha de reconocimiento de la prestación (2013), lo que arrojaba una suma de \$2.173.605,57 y que al aplicarle la tasa de reemplazo equivalía a una primera mesada pensional en cuantía de \$1.406.583,89.

Respecto de la prescripción señaló que el actor el 18 de febrero de 2013, realizó la solicitud formal de la pensión sanción, la cual fue negada mediante resolución 4890 del 25 de noviembre de 2013, contra la cual se había interpuesto recurso de reposición, pero esa decisión fue confirmada a través de la Resolución 1698 del 16 de julio de 2014, quedando agotada la vía gubernativa, por ende, como la demanda se había radicado pasados tres años el 26 de septiembre de 2017, declararían prescriptas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 26 de septiembre de 2014.

Argumentó, que como esta prestación se causó en el año 1991, no se podía ver afectada por el Acto Legislativo 01 de 2005 y, por ende, reconocería 14 mesadas pensionales; que conforme lo consagrado en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, autorizaba a la parte demandada a efectuar los descuentos del retroactivo pensional adeudado con destino a la EPS que el actor escogiera. Y finalmente, ordenó la

indexación de las mesadas adeudadas desde la causación de cada una hasta que se verifique su pago.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE**, interpuso recurso de apelación solo en lo que tiene que ver con la excepción de prescripción, argumentando que en el expediente obraba CD donde a folio 166 estaba la notificación por aviso del último acto administrativo emitido por la demandada, evidenciando que este se fijó el 25 de septiembre de 2014 y se desfijó a las 4:30 pm del 9 de octubre de 2014, por lo que dicho fenómeno debía contarse a partir de esta última calenda, y en ese sentido no operaba la prescripción.

Esgrimió que, en el mismo CD, aparecía el acto administrativo mediante el cual Colpensiones le había reconocido la pensión de vejez o jubilación en cuantía de un (1) SMMLV, por lo que debía determinarse cuál era el mayor valor que debía asumir el Fondo De Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia a partir del 18 de febrero de 2013, obviamente indexando todas las mesadas adeudadas.

El **Fondo De Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia**, interpuso recurso de apelación insistiendo en la inexistencia las obligaciones reclamadas, porque Colpensiones ya se había reconocido una pensión de vejez en 2013, por lo que la contingencia de vejez ya se encontraba cubierta; añadió que por regla general una persona no puede recibir dos pensiones que cubra un mismo riesgo como la vejez, y menos si éstas provienen de un fondo público, ya que, el artículo 128 de la Constitución Política indicaba que no se podría recibir más de una asignación que proviniera del Tesoro Público.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver los recursos de apelación presentados por ambas partes, y el grado jurisdiccional de consulta a favor del Fondo De Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia 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 actor tiene derecho al reconocimiento y pago de

la pensión prevista en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, y solo si ello es así, se establecerá: *i)* si por virtud del artículo 128 de la Constitución Política de Colombia el actor puede o no percibir pensión de vejez y pensión sanción; *ii)* el monto de la pensión sanción y por efectos de la compartibilidad el mayor valor que debe asumir la demandada si lo hubiere; y *iii)* si en este asunto operó el fenómeno de la prescripción de forma parcial.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el actor nació el 18 de febrero de 1953 (f.° 52-53 PDF f.° 40); *ii)* que laboró para Ferrocarriles Nacionales de Colombia en calidad de trabajador oficial desde el 1° de marzo de 1978, hasta el 29 de diciembre de 1991, es decir, 13 años, 7 meses y 3 días; *iii)* que el último cargo por él desempeñado fue Reparador III Dto. Talleres Facatativá División Central; *iv)* que la causa de retiro fue Supresión del cargo- Indemnización (f.° 9-12); y *v)* que el salario base de liquidación de las cesantías e indemnización fue la suma de \$202.853,23 (f.° 10).

APELACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA EN SU FAVOR

Empieza la Sala por referirse a la norma que consagra el derecho aquí pretendido, esto es, la pensión restringida de jubilación regulada en el artículo 8. ° de la Ley 171 de 1961, que en su tenor literal señala:

Artículo 8.° El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos (\$800.000.00), después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos anteriores o posteriores a la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha de despido, si ya los hubiere cumplido. Si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión, pero solo cuando cumpla sesenta (60) años de edad.

La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicio.

En todos los demás aspectos la pensión aquí prevista se regirá por las normas legales de la pensión vitalicia de jubilación.

Parágrafo Lo dispuesto en este artículo se aplicará también a los trabajadores ligados por contrato de trabajo con la administración pública o con los establecimientos públicos descentralizados, en los mismos casos allí previstos y con referencia a la respectiva pensión plena de jubilación oficial. (negrilla y subrayas fuera del texto).

Teniendo en cuenta la situación fáctica del actor, este se ubica en el primer inciso, puesto que su contrato de trabajo finalizó sin justa causa, después de haber laborado durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años continuos, por lo que tenía derecho a que la empresa lo pensionara desde la fecha de su despido (1991), si para entonces tenía cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la calenda en que cumpliera esa edad con posterioridad al despido, evidenciándose entonces que el cumplimiento de la edad, en tratándose, de las pensiones consagradas en la Ley 171 de 1961, constituye un elemento para su exigibilidad o disfrute más no para su causación. Esto conforme la abundante jurisprudencia en la materia, como por ejemplo las sentencias CSJ SL5704-2015, CSJ SL6446-2015, CSJ SL997-2015, CSJ SL9773-2017 y CSJ SL860-2021, en esta última se indicó:

De este modo, bajo la égida de la citada disposición, los trabajadores que fueren despedidos sin justa causa con más de 10 o 15 años de servicios, así como aquellos que se retiraren voluntariamente después de 15 años de servicios, continuos o discontinuos, como en el caso en estudio, tendrían derecho a recibir de sus empleadores una pensión especial exigible a partir del momento en que cumplieran la edad indicada en dicha normativa, por no ser tal elemento un requisito de estructuración y sí de exigibilidad.

Conforme lo anterior, la pensión restringida de jubilación se causa o adquiere con el agotamiento de dos requisitos: i) la desvinculación voluntaria o forzosa del trabajador y ii) la prestación del tiempo mínimo de servicio, de modo que el cumplimiento de la edad constituye una mera condición para su exigibilidad.

De otro lado, se dice que la supresión del cargo del actor no constituye una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, porque de vieja data se ha realizado la diferenciación entre las causas legales -supresión del cargo- y las justas causas, tal distinción se ha hecho desde la sentencia CSJ SL, 11 mar. 1997, rad. 9019, y se ha mantenido a lo largo del tiempo (CSJ SL, 19 jul. 2000, rad. 13395; CSJ SL, 24 abr. 2007, rad. 30008; CSJ SL, 03 may. 2011, rad. 37467; CSJ SL19440-2017; CSJ SL2343-2020 y CSJ SL4176-2021, entre muchas otras). Precisamente, en la última de las sentencias en mención se explicó:

Al respecto, resulta suficiente lo precisado al desatar los puntos que anteceden, relacionados con la naturaleza del vínculo contractual que ató a las partes, para concluir que el juez de segundo grado no incurrió en error alguno, además de

advertir, que así mismo se dejó libre de ataque los verdaderos fundamentos que se tuvieron para determinar que la relación contractual fue fenecida unilateralmente por Caprecom y bajo el presupuesto del cierre de la IPS sede Ibagué, en la cual el demandante prestaba sus servicios, motivo que determinó el juez, no constituye una justa causa para dar por terminada la relación laboral, por cuanto dicho presupuesto no se encuentra regulado dentro de las causales establecidas en los artículos 16, 48 y 49 del Decreto 2127 de 1945, lo cual indicó, se acompasa con lo adocetrinado por esta Sala, entre otras providencias en CSJ SL9380-2017 y CSJ SL3271-2017.

*Posición jurisprudencial que ciertamente ha sido reiterada por esta Corporación, entre otras en sentencias CSJ SL 3104-2018, SL2960-2018 y SL2343-2020, expresando en esta última que “esta Sala de la Corte ha explicado en profusa jurisprudencia que **la supresión y liquidación de una entidad, si bien constituye un motivo legal de extinción del vínculo laboral, no representa una justa causa de despido**, por lo menos, no de las definidas de manera taxativa en los artículos 48 y 49 del Decreto 2127 de 1945, precepto aplicable, en su momento, al demandante”. (Negrilla fuera del texto).*

Así las cosas, el actor causó su derecho a la pensión bajo estudio desde el 29 de diciembre de 1991, data en la que fue desvinculado por supresión de su cargo, es decir, sin justa causa, para cuando tenía acreditados 13 años, 7 meses y 3 días de servicios a Ferrocarriles Nacionales de Colombia, situaciones que no están en discusión, solo que para poderla disfrutar debía llegar a la edad de 60 años, los cuales cumplió el 18 de febrero de 2013. En consecuencia, se confirmará la decisión del a quo en este aspecto.

Frente al segundo asunto por definir, expone la parte demandada que al actor le fue reconocida una pensión de vejez por parte de Colpensiones y, por ende, no puede percibir simultáneamente la pensión aquí reconocida y la de vejez, por la prohibición de recibir una misma persona más de una asignación que provenga del tesoro público -artículo 128 de la Constitución Política de Colombia-.

Sobre el particular, advierte la Sala que dicho argumento es equivocado como quiera que la prestación reconocida por Colpensiones mediante Resolución GNR 238791 del 24 de septiembre de 2013, no tiene carácter de asignación proveniente del erario público, como quiera que esta se estructuró con los aportes realizados por el trabajador a lo largo de su vida laboral, razón por la cual no hacen parte de un fondo público, como en forma reiterada y pacífica lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL3872-2021, donde se expresó:

Respecto a la segunda cuestión, debe precisarse que de manera reiterada y pacífica esta Corporación ha establecido que, por tesoro público, se concibe el proveniente de La Nación, de las entidades territoriales y las descentralizadas y, por tanto, una pensión de jubilación otorgada por un empleador oficial, es incompatible con la percepción de otra asignación que provenga del erario.

Igualmente, también ha afirmado que el Estado no aporta recursos para la financiación del fondo de pensiones administrado por el ISS hoy Colpensiones y, por ello, las prestaciones que tal entidad otorga no tienen el carácter de asignación proveniente del erario (CSJ SL14413-2014, CSJ SL16083-2015 y CSJ SL2170-2019).

De conformidad con lo anterior, tampoco le asiste razón al recurrente al manifestar que al concederle al demandante la pensión restringida de jubilación se vulnera el artículo 128 de la Constitución Política, en tanto el demandante recibe una pensión legal a cargo del Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones.

De otro lado, respecto del argumento según el cual la pensión reconocida por Colpensiones cubría el riesgo de vejez, y la aquí estudiada también, por lo que el actor no podía disfrutar de ambas, también es errado dado que estas no cubren el mismo riesgo -vejez-, porque la pensión restringida de jubilación se estableció para garantizar la estabilidad del trabajador en su empleo y evitar que el empleador despidiera injustamente a sus trabajadores que tuviesen más de 10 años a su servicio, y la pensión reconocida por Colpensiones corresponde a las reguladas en el sistema general de pensiones, para cubrir el riesgo de vejez.

Este asunto también ya fue definido de tiempo atrás por nuestro Órgano de cierre, así por ejemplo en sentencia CSJ SL019-2022 se indicó:

*De igual forma se ha sostenido, que la mencionada prestación restringida, para los trabajadores oficiales, tuvo vigencia hasta cuando comenzó a regir la Ley 100 de 1993, y en esa medida, la prestación por vejez a cargo de la entidad de seguridad social que surge en virtud de los aportes realizados por el empleador, no la derogó ni la reemplazó, en aquellos eventos en que el trabajador haya cumplido con el tiempo de servicios mínimo que ella prevé, y el retiro del servicio se produzca antes de que la mencionada disposición de seguridad social entrara en vigencia, supuesto fáctico que no es controvertido por la parte recurrente en este asunto; **de tal suerte que en estos casos, el riesgo por la contingencia de vejez que asume el ISS, hoy Colpensiones, no tiene incidencia para efectos del otorgamiento de la pensión de jubilación restringida** (CSJ SL4374-2020). (negrilla fuera del texto)*

Así mismo se dejó planteado en la sentencia CSJ SL5157-2021, donde se concluyó:

*De este modo, no resulta desacertado el argumento del recurrente según el cual, **la pensión prevista en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 no fue sustituida por la de vejez** que le corresponde asumir al sistema de seguridad social, tanto así que el legislador previó una regulación propia y supuestos disímiles para la consolidación del derecho de cada una. (negrilla fuera del texto)*

En igual sentido se indicó en la sentencia CSJ SL979-2021, donde se citó la SL9392, puntualmente al señalarse que:

Pues bien, sobre este asunto, la Corte, de manera reiterada, constante y uniforme, ha sostenido que las pensiones restringidas de jubilación, en sus categorías de pensión sanción y por retiro voluntario, son prestaciones económicas cuyo deudor

exclusivo es el empleador. Así lo sentó esta Corporación en sentencia CSJ SL 6 sep. 2011, rad. 45545, reiterada recientemente en la CSJ SL, 16386-2014:

*Planteadas así las cosas, le asiste la razón al recurrente y no al Tribunal, habida consideración que las pensiones especiales de jubilación reguladas por el citado artículo 8° de la Ley 171 de 1961, se causan desde el mismo momento en que el trabajador es despedido injustamente con más de 10 o 15 años de servicio que corresponde a la <pensión sanción>, o cuando se produce el retiro voluntario después de 15 años de servicios que atañe a la llamada <pensión por retiro voluntario>, sin que interese cuál haya sido el tiempo laborado hasta la fecha en que el Instituto de Seguros Sociales asumió el riesgo de vejez, pues **dichas pensiones son independientes a las que deba reconocer el ISS y corren a cargo exclusivo del empleador**. Además que para el asunto a juzgar, cuando se desvinculó la demandante en el año 1980 y se causó la pensión por retiro voluntario, continuaba en pleno vigor la mencionada pensión especial o proporcional de jubilación en cualquiera de sus dos modalidades.*

En conclusión, la pensión restringida de jubilación no cubre el riesgo de vejez, este lo cubre las pensiones reconocidas por el sistema general de pensiones que, para este asunto, sería la reconocida por Colpensiones, y estas dos prestaciones son compartidas por expreso mandato legal conforme lo previsto en 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.

De otro lado, en el presente asunto, en el CD obrante a folio 40 el cual contiene un archivo en PDF del que se observa a folios 141- 148 la Resolución GNR238791 del 24 de septiembre de 2013, expedida por Colpensiones a través de la que se reconoció al actor una pensión de vejez a partir del 18 de febrero de 2013, en cuantía de \$589.500, es decir, un SMMLV.

Así, en lo que tiene que ver con la compartibilidad pensional, tal como se indicó, la pensión restringida de jubilación es compatible con la reconocida por Colpensiones, como ya se dijo, por ministerio de la ley. Al respecto pueden verse las sentencias CSJ SL224-2021, CSJ SL2437-2018, CSJ SL4035-2018, CSJ SL1508-2018 y CSJ SL019-2022, en cuales se dijo:

Esta Corte tiene asentado en muchedumbre de sentencias que la compartibilidad opera por ministerio de la ley, por lo que el juez al momento de establecer la existencia de un derecho pensional a favor del trabajador y a cargo del empleador, debe entrar a examinar si es posible la compartibilidad entre la pensión a cargo del empleador con la de vejez que pueda resultar del sistema general de pensiones, sin que con este proceder se vulnere las facultades extra o ultra petita.

En consecuencia, en el *sub lite* como ambas prestaciones se reconocieron a partir del 18 de febrero de 2013, data en que el actor cumplió 60 años, a partir de esta la entidad demandada solo pagará el mayor valor que resultare entre la pensión de vejez y la restringida de jubilación.

En ese sentido, debe recordarse que para el cálculo del ingreso base de liquidación de la pensión restringida de jubilación del artículo 8° de la Ley 171 de 1961, debe tenerse en cuenta los factores que sirvieron de base para hacer los aportes en el último año de servicios, y esto son los enlistados expresamente en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1.° de la Ley 62 de la misma anualidad, así lo tiene determinado la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia CSJ SL 123-2020, reiterada en la SL2852-2022, en donde se expuso:

Es así como en diversas providencias en las que se ha debatido el mismo tema, ha definido que la pensión restringida de jubilación se debe liquidar con los factores que sirvieron de base para hacer los aportes en el último año y que son los expresamente enunciados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 del mismo año. Entre otras, en la proferida el pasado 22 de mayo, CSJ SL2160-2019, reiterada en la CSJ SL2983-2019 (...).

En ese orden de ideas, en virtud de lo reglado en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, los factores salariales a tener en cuenta son: «*asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio*». En consecuencia, al realizar la liquidación por esta Corporación tomando en cuenta los factores salariales referidos anteriormente y que fueron certificados por el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia en formato #3 certificaciones de salarios mes a mes (f.° 80 PDF contentivo en CD f. 40), encontramos:

Desde	Hasta	Días Laborados
01/03/1978	30/12/1991	4,980.00
Días Laborados		4,980.00

Tasa de reemplazo	
Días	Tasa de reemplazo
7200	75%
4980	51.88%
Tasa de reemplazo	51.88%

Periodo	Salario + factores salariales
ene-91	\$ 70,337.00
feb-91	\$ 88,955.80
mar-91	\$ 88,955.80
abr-91	\$ 88,583.60

may-91	\$ 89,328.00
jun-91	\$ 89,328.00
jul-91	\$ 107,399.40
ago-91	\$ 120,406.70
sep-91	\$ 153,917.50
oct-91	\$ 149,066.10
nov-91	\$ 167,490.00
dic-91	\$ 102,247.49
Sumatoria de Salarios último año	\$ 1,316,015.39
Promedio Salarial 1991	\$ 109,667.95
Tasa de Reemplazo	51.88%
Valor de la mesada 1991	\$ 56,890.00

Tabla Actualización (indexación) mesada pensional				
Valor de la mesada:	IPC Inicial DIC 1990	IPC Final Dic 2012	Factor de indexación	Valor de la mesada
1991				2013
\$ 56,890.00	7.65	78.05	10.203	\$ 580,426.00
Valor de la mesada a 2013				\$ 580,426.00

Acorde con lo anterior, resulta equivocada la decisión del juez de primera instancia al calcular el monto de esta prestación, pues lo hizo sobre 5.051 días laborados y un promedio de los salarios devengados en el último año de servicios de \$202.853,23 tomando como base el documento obrante a folio 10 del expediente, que corresponde a la liquidación de la indemnización por terminación del contrato de trabajo del actor, en donde se tomó como salario de liquidación \$202.853,23 (sin dar detalles); no obstante, para efectos de liquidar la pensión restringida de jubilación este no puede servir de fundamento como quiera que se desconocen los conceptos que lo integran; además, es la ley la que establece qué factores salariales se deben tener en cuenta a la hora de calcular la prestación bajo estudio.

Entonces, como el salario mínimo legal mensual vigente para el año 2013, ascendía a la suma de \$589.500, y conforme el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, ninguna pensión en Colombia puede ser inferior a ese monto, la mesada pensional aquí liquidada en valor de \$580.426, se igualará a un SMMLV para esa anualidad.

En conclusión, esta Sala obrando en grado jurisdiccional de consulta en favor del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia de la que es

garante la Nación, modificará el numeral primero del resuelve de la sentencia de primera instancia, para en su lugar fijar la cuantía de la primera mesada pensional en valor de \$589.500.

De otra parte, como quiera que Colpensiones mediante la Resolución GNR238791 del 24 de septiembre de 2013, reconoció al actor una pensión de vejez a partir del 18 de febrero de 2013, en cuantía de \$589.500, es decir, un SMMLV, es palmario que en el presente asunto no existe un mayor valor respecto de las mesadas ordinarias que deba continuar pagando la entidad demandada, pues la pensión restringida de jubilación y la pensión de vejez fueron reconocidas a partir de la misma fecha, esto es, 18 de febrero de 2013 y en sumas iguales.

No obstante, como quiera que el actor dejó causado o adquirido su derecho desde 1991, es decir, con antelación a la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, es evidente que esa reforma constitucional no tiene incidencia alguna en la garantía del derecho reclamado, y como quiera que la pensión de vejez reconocida por Colpensiones se hizo sobre trece mesadas, hay lugar al reconocimiento de la mesada adicional de junio o mesada catorce, la cual **deberá ser cancelada de manera exclusiva por la aquí demandada**, por cuanto esta forma parte del mayor valor el cual por ley está obligada a asumir por efecto de la compartibilidad pensional. Así se explicó en sentencia CSJ SL8296-2017 reiterada en CSJ SL3460-2021, en la que se expresó:

Descendiendo al sub lite, se advierte que la demandada en virtud del reconocimiento de la prestación por vejez comenzó a pagar en el año 2008, como valor de la mesada catorce, la suma de \$403.979, no obstante que debió seguir reconociéndola en su totalidad, esto es, para ese año, \$2.186.693, habida cuenta que no fue asumida por el ISS.

En esas condiciones es claro para la Sala que una vez operó la compartibilidad pensional, La Nación siguió pagando la mesada adicional de junio pero de forma incompleta, al entender erradamente que la compartibilidad de las mesadas ordinarias conllevaba también la reducción de aquella, así no hubiere sido reconocida por el ISS.

Entonces como Colpensiones no asumió el pago de la mesada catorce en virtud de lo preceptuado por el Acto Legislativo 01 de 2005, y el empleador desde el reconocimiento de la pensión de vejez comenzó a pagar por tal concepto únicamente la diferencia entre las dos prestaciones, resultaba procedente la imposición a su cargo del pago completo de tal valor, por tratarse de un derecho adquirido.

En igual sentido se expuso en la sentencia CSJ SL3340-2020, al referirse a este mismo asunto, así:

En efecto, la pensión convencional reconocida en favor del demandante incluyó la mesada adicional de junio, toda vez que aun cuando se causó en noviembre de 1994, en todo caso quedó cubierta por los beneficios del artículo 142 de la Ley 100 de 1993, sin verse afectado por la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, al consolidarse antes de su vigencia.

No ocurrió lo mismo con la prestación concedida por el Instituto de Seguros Sociales, toda vez que se causó después de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y, además, supera los tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, es decir, de cara a la pensión legal, el actor no generó el derecho a percibir 14 mesadas anuales y, por tanto, dicho instituto tampoco tenía a su cargo el cuestionado reconocimiento.

*Si lo anterior es así, debe precisarse **que la totalidad de la mesada adicional de junio hace parte del mayor valor que debe reconocer Electricaribe S.A. ESP en virtud de la compartibilidad pensional**, razón por la cual la misma debe pagarse de manera íntegra, toda vez que la administradora de pensiones no tiene a su cargo esa «mesada catorce»; luego, no es posible obtener una diferencia entre la una y la otra.*

(...)

Esta postura de la Sala ha sido reiterada en diversos pronunciamientos tales como: CSJ SL13254-2015, CSJ SL7917-2015, CSJ SL11584-2015, CSJ SL7917-2015, CSJ SL7909-2015, CSJ SL4819-2015, CSJ SL8296-2017, CSJ SL2962-2018, CSJ SL3834-2019, entre otros. (negrilla fuera del texto)

Por consiguiente, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, en virtud de la compartibilidad pensional, está obligada a responder por el 100% de la mesada adicional de junio o mesada catorce, porque esta hace parte del mayor de valor que, por ley, tiene a su cargo.

Por ende, advierte el despacho que no hay lugar a estudiar la inconformidad del demandante, en lo que respecta a se determinara el mayor valor, como quiera que dadas las resultas en la liquidación de la prestación en las mesadas ordinarias no hay mayor valor, pues este solo surge respecto del pago de la mesada adicional de junio.

APELACIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE- PRESCRIPCIÓN

Expuso el actor que el fenómeno prescriptivo no había operado en este asunto, como quiera que la Resolución 1698 del 16 de julio de 2014, había sido notificada por aviso fijado el 25 de septiembre de 2014, y desfijado el 9 de octubre de igual año.

Advierte la Sala que este asunto se revisará únicamente respecto de la mesada adicional de junio o mesada 14. Respecto de esta excepción, 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, el derecho se reconoció desde el 18 de febrero de 2013, data en que se acreditó el requisito de la edad para empezar su disfrute, en esa misma calenda el actor solicitó ante el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia el reconocimiento de la pensión sanción (f.º 8 exp. Físico), petición que fue resuelta mediante Resolución 4890 del 25 de noviembre de 2013 notificada personalmente el 27 de diciembre de ese mismo año (f.º 11-13 exp. Físico), en igual fecha, se radicó recurso de reposición contra ese acto administrativo (f.º 14-16 exp. Físico), y finalmente a través de la Resolución 1698 del 16 de julio de 2014, se confirmó la decisión en todas sus partes (f.º 17-19 exp físico) la que fue notificada por aviso fijado el 25 de septiembre de 2014, desfijado el 9 de octubre de 2014 (f.º 160-167 PDF contenido en el CD f.º 40 exp. Físico), observándose que el promotor del litigio radicó la presente acción el 26 de septiembre de 2017.

Es pertinente recordar que conforme el artículo 69 del CPACA, cuando los actos administrativos se notifican por aviso, esta se entiende surtida al finalizar el día siguiente al retiro del aviso, máxime que en el expediente administrativo puntualmente Resolución 1698 del 16 de julio de 2014, en la se dejó la siguiente constancia:



En consecuencia, encuentra esta Colegiatura que en el presente asunto no operó el fenómeno de la prescripción como quiera entre la notificación por aviso de la Resolución 1698 del 16 de julio de 2014, que recuérdese fue el 9 de octubre de 2014, mediante la cual se agotó la reclamación administrativa que se había

propuesto desde el 18 de febrero de 2013, y la presentación de la demanda el 26 de septiembre de 2017, transcurrieron menos de 3 años.

En esa medida el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia adeuda al actor las siguientes mesadas adicionales de junio o mesada catorce:

Tabla del retroactivo Mesada Catorce			
Desde	Hasta	No. Pagos	Mesada de Junio
18/02/2013	31/12/2013	1	\$ 589.500,00
1/01/2014	31/12/2014	1	\$ 616.000,00
1/01/2015	25/09/2015	1	\$ 644.350,00
1/01/2016	31/12/2016	1	\$ 689.455,00
1/01/2017	31/12/2017	1	\$ 737.717,00
1/01/2018	31/12/2018	1	\$ 781.242,00
1/01/2019	31/12/2019	1	\$ 828.116,00
1/01/2020	31/12/2020	1	\$ 877.803,00
1/01/2021	31/12/2021	1	\$ 908.526,00
1/01/2022	31/08/2022	1	\$ 1.000.000,00
Valor del retroactivo Mesada Catorce			\$ 7.672.709,00

En conclusión, se ordenará a la demanda pagar por concepto de retroactivo pensional de la mesada adicional de junio la suma de \$7.672.709, sin perjuicio de las que se causen con posterioridad.

Así las cosas y sin más consideraciones, se modificarán los numerales primero y segundo, y se revocarán los numerales, tercero, y cuarto conforme lo expuesto en esta providencia.

COSTAS

Sin costas en esta 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: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 25 de agosto de 2020 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

PRIMERO: CONDENAR al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, a reconocerle y pagarle al demandante al señor GONZALO FLAVIO NÚÑEZ PICÓN, la pensión restringida de jubilación prevista en el artículo 8° de la ley 171 de 1961 a partir del 18 de febrero de 2013, en cuantía inicial de \$589.500 pesos, junto con incrementos legales determinados por el Gobierno Nacional y en catorce (14) mesadas pensionales. Esta prestación es compartida con la reconocida por Colpensiones mediante la Resolución GNR238791 del 24 de septiembre de 2013.

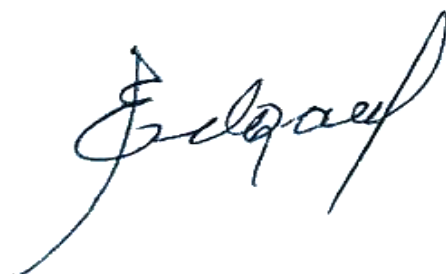
SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 25 de agosto de 2020 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

SEGUNDO: CONDENAR al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, a reconocerle y pagarle al demandante al señor GONZALO FLAVIO NÚÑEZ PICÓN, por efectos de la compartibilidad pensional el 100% de la mesada adicional de junio, y la suma de \$7.672.709 por concepto de las causadas entre el 18 de febrero de 2013 y el 31 de agosto de 2022, sin perjuicio de las que se causen con posterioridad, mesadas que deberán ser indexadas desde su causación hasta el fecha efectiva de su pago.

TERCERO: REVOCAR los numerales tercero y cuarto de la sentencia proferida el 25 de agosto de 2020 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, y en su lugar, DECLARAR no probada la excepción de prescripción y absolver al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA de las demás pretensiones incoadas en su contra.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

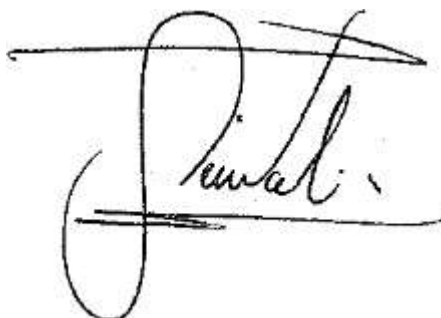
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.****SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE EMÉRITA SÁENZ OLIVARES
CONTRA EDIFICIO COMERCIAL BOSA P.H.**

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) 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 Emérita Sáenz Olivares, se **declare** la existencia de un contrato laboral a término fijo inferior a tres años, desde el 5 de julio de 2017, hasta el 7 de agosto de 2019, y que no existió justa causa para dar por finalizado el mismo. En consecuencia, se **condene** a la accionada al pago de: i) las cesantías y los intereses sobre las mismas de ese periodo, más la sanción prevista en el artículo 1° de la Ley 52 de 1975; ii) las vacaciones; iii) la prima de servicios; iv) la indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa, consistente en los salarios causados entre el 7 de julio de 2019 y el 7 de julio de 2020; v) la indemnización por despido sin justa causa; vi) a las costas y agencias en derecho, y se haga uso de las facultades ultra y extra petita.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.° 13-19 exp. físico), señaló que el 5 de julio de 2017, celebró contrato de prestación de servicios por tres meses con la demandada, el cual se prorrogó automáticamente hasta el 7 de julio de 2019; que la labor que ejecutaba era la de administradora del Edificio Comercial Bosa Centro P.H., la cual realizó de manera personal y obedeciendo las

instrucciones de su empleador y cumpliendo el horario establecido, esto es, de lunes a viernes de 8 AM a 5 PM, con los instrumentos y herramientas de este, sin que se hubiese presentado queja alguna por mal comportamiento; que el salario pactado fue de \$1.070.000 mensuales, emolumento que no fue aumentado anualmente como lo ordenaba la Ley.

Narró, que recibía ordenes de la señora Yurany Calderón Garrido quien tenía la calidad de presidente del Consejo de Administración y era su jefe inmediato; que el 13 de junio de 2019, mediante comunicación le informaron que su contrato sería prorrogado por un mes; que el 4 de julio de la misma anualidad, le notificaron que su contrato se daría por terminado; que el 15 de julio de 2019, ella a través de una comunicación le informó al aquí accionado que no estaba de acuerdo con la finalización de su contrato, porque la cláusula novena del mismo establecía que cualquiera de las partes podía dar por terminado el contrato laboral, pero dando un aviso por escrito no menor a 30 días; que el aviso a ella entregado el 7 de julio de ese año, se hizo pasados 3 días de cumplirse la fecha de terminación del contrato, por dicha razón, se había prorrogado automáticamente el mismo, por lo que propuso que le pagaran la indemnización correspondiente a 12 meses en razón a la prórroga del mismo, propuesta que no aceptó la presidente del consejo de administración, dándole plazo hasta el 7 de agosto de 2019, para entregar el cargo.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

El **EDIFICIO COMERCIAL BOSA P.H.** contestó (f.º 71-85 exp. físico), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos aceptó que la demandante le prestó servicios, pero aclaró que lo hizo bajo la suscripción de dos contratos de prestación de servicios el primero de fecha 5 de julio de 2017, y el segundo el 6 de julio de 2018; que en ambos ella tenía plena autonomía en sus funciones, que los contratos no se prorrogaban automáticamente, sino que dependía del Consejo de Administración, el cual no se había reunido para nombrar nuevo administrador; que la actora fue contratada para prestar sus servicios como administradora de los bienes de uso común del Edificio; que los honorarios pactados fueron inicialmente de \$1.070.000, y en el segundo contrato de \$1.310.000; frente a los demás, manifestó que no eran ciertos y aclaró que la relación que surgió entre las partes era de naturaleza civil y no laboral, que nunca le dio órdenes, que no le exigía el cumplimiento de horario, ni la subordinaba.

Formuló como excepciones las de inexistencia de la obligación, prescripción, mala fe de la demandante, cobro de lo no debido, no subordinación o dependencia

del trabajador respecto del empleador, inexistencia de los extremos temporales de la relación laboral, y la declaratoria de otras excepciones.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 19 de enero de 2021 (f.º 101-103 exp. físico), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a la demandada **EDIFICIO COMERCIAL BOSA PH** de todas y cada una de las pretensiones incoadas por parte de la demandante **EMERITA SAENZ OLIVARES** de conformidad en lo expuesto en la parte motiva

SEGUNDO: CONDENAR a la demandante a costas, fijando como agencias en derecho la suma de \$200.000.

La *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si entre las partes había existido un contrato laboral ejecutado entre el 5 de julio de 2017 y el 7 de agosto de 2019.

Empezó por citar los artículos 22, 23 y 24 del CST, y el 53 de la Constitución Política. Seguidamente, indicó que pese a que toda relación de trabajo personal se presume regida por un contrato de trabajo, esta podía ser desvirtuada, correspondiéndole a la parte demandada demostrar que no existió relación laboral, advirtiendo que el elemento que distingue un contrato de prestación de servicios de uno laboral era precisamente la subordinación; es decir, ese poder que tiene el empleador para imponer reglamentos, dar órdenes respecto a la prestación del servicio, exigir el cumplimiento de horario y demás.

Determinó, que no estaba en discusión que la prestación del servicio había sido de manera personal; que se le pagaban periódicamente unos honorarios, los cuales de declararse el contrato laboral serían simplemente el salario. Por ende, estableció que le correspondía verificar si esa prestación del servicio había estado subordinada por la propiedad horizontal, para lo cual hizo referencia a todas las pruebas allegadas al proceso.

Sostuvo, que de las documentales se podía extraer que lo que realmente habían celebrado las partes eran dos contratos de prestación de servicios, pero que pese a ello lo que debía primar era la realidad sobre la forma, por lo que la prueba documental no era suficiente para descartar una posible relación laboral.

Expuso, que el testimonio del señor Luis Fernando Moyano traído por la parte actora no había sido contundente a la hora de referir una posible subordinación,

pues solo informó que *«la señora demandante había laborado para el edificio demandado durante varios periodos»* mediante contrato de prestación de servicios, ejerciendo como administradora, *«que no sabe el horario porque él siempre la veía y sabía que de alguna manera estaba supeditada a las órdenes del Consejo de Administración»*, de lo que concluyó que ni siquiera se había demostrado que tuviese un horario, pues era lógico que al ser la administradora de la propiedad horizontal se viera en su oficina realizando las actividades propias de su cargo.

Recordó, que el cargo de administradora se podía ejercer por contrato de prestación de servicios, máxime que la Ley 675 de 2001, de propiedad horizontal no estipulaba como debían ser vinculados quienes ejercen ese cargo, sino que lo dejó al arbitrio de la copropiedad, no obstante, en la mayoría de los casos se hace mediante contrato de prestación de servicios.

Refirió, que los artículos 40 y 51 de la Ley 675 de 2001, establecía las funciones que debía realizar el administrador, evidenciando que eran las mismas que se habían pactado en los contratos de prestación de servicios celebrado entre las partes; por ende, no se podían tener como prueba de la subordinación. Agregó que el administrador se elige por el Consejo de Administración, tal como sucedió en este asunto y que en el proceso no se había demostrado que la actora cumpliera funciones diferentes a las fijadas por la ley, quedando desvirtuado el elemento de la subordinación.

Consideró, que la función del Consejo de Administración es velar porque el administrador cumpla con el servicio y las funciones para las cuales fue contratado, sin que ello implique poder subordinante, por lo que sostuvo que en este asunto se encontraba probado que la relación que había unido a las partes se había dado por medio de un contrato de prestación de servicios, y no laboral, por ende, no definió lo relacionado con la terminación del mismo, porque no era a esta jurisdicción a la que le correspondía ese asunto.

La parte demandante no interpuso recurso alguno.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandada** interpuso recurso de apelación únicamente en lo que tiene que ver con las agencias en derecho las cuales fueron tasadas en \$200.000, explicando que la copropiedad demandada se había visto obligada a incurrir en gastos superiores a \$4.000.000 para ejercer su defensa dentro de este proceso, a

causa de la necesidad de la actora, por lo que solicitaba que su tasación sea proporcional a los gastos en mención.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, conforme lo establece el artículo 69 del CPTSS, y el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar: *i)* si entre el demandante y la demandada existió un contrato de trabajo, solo de ser así, se estudiarán las pretensiones de condena; y *ii)* si es viable modificar las agencias en derecho fijadas en primera instancia.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA A FAVOR DEL DEMANDANTE - DE LA RELACIÓN LABORAL

Empieza esta Sala por recordar, que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, constituye un elemento esencial de nuestro ordenamiento jurídico laboral, el que se encuentra consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, conforme al cual los jueces pueden dejar a un lado las formas convenidas por las partes de una relación contractual para darle prevalencia a lo que en verdad acreditan las condiciones bajo las cuales se desarrolla el negocio jurídico pactado, por lo que si de dichas circunstancias se evidencia el elemento de la subordinación característico de un contrato de trabajo, se imponen las consecuencias jurídicas que prevé la ley.

Asimismo, en consonancia con el referido principio, encontramos el artículo 24 del CST, según el cual, toda prestación personal de servicio remunerada se presume regida por un contrato de trabajo, disposición que supone que al trabajador le basta demostrar la ejecución personal de la actividad, para que se presuma que se desarrolló bajo una relación de naturaleza laboral, radicando en cabeza del empleador, la carga de desvirtuar el hecho presumido a través de elementos de convicción que acrediten que el servicio se ejecutó de manera independiente y autónoma y sin el lleno de los presupuestos exigidos por la ley, para no tener tal condición.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2879-2019, reiteró lo señalado en providencia CSJ, 24 abr. 2012, rad. 39600, en la que frente a este aspecto, puntualizando:

«...De lo anterior se extrae que probada la prestación personal del servicio, la subordinación se presume.

Por ende, muy poco le sirve al demandado, para exonerarse de las obligaciones propias del contrato de trabajo, la aceptación de la prestación del servicio de manera continua con la sola negativa de la existencia del contrato de trabajo, o la sola afirmación de que se trató de un contrato de distinta naturaleza.

Si el demandado acepta la prestación del servicio, pero excepciona que lo fue mediante un contrato civil, como sucedió en el sub lite, le allana el camino el demandante para ubicarse en el supuesto de hecho contenido en el artículo 24 del CST y ampararse en la presunción de que se trató de un contrato laboral. En cuyo evento, el demandado tiene a su cargo desvirtuar la presunción mediante pruebas que demuestren, con certeza, el hecho contrario del elemento de la subordinación, es decir que la prestación personal del servicio se dio de manera independiente.

En este caso el juez debe proceder al análisis probatorio teniendo en cuenta, como lo ha dicho de antaño la jurisprudencia, "...que no ha sido extraño para la jurisprudencia y la doctrina que en muchas ocasiones se pretende desconocer el contrato de trabajo, debiéndose acudir por el Juzgador al análisis de las situaciones objetivas presentadas durante la relación, averiguando por todas las circunstancias que rodearon la actividad desarrollada desde su iniciación, teniendo en cuenta la forma como se dio el acuerdo de voluntades, la naturaleza de la institución como tal, si el empleador o institución a través de sus directivos daba órdenes perentorias al operario y como las cumplía, el salario acordado, la forma de pago, cuáles derechos se reconocían, cuál horario se agotaba o debía cumplirse, la conducta asumida por las partes en la ejecución del contrato etc., para de allí deducir el contrato real, que según el principio de la primacía de la realidad, cuando hay discordia entre lo que se ocurre en la práctica y lo que surge de documentos y acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos.

Quiere decir lo anterior que la relación de trabajo no depende necesariamente de lo que las partes hubieren pactado, sino de la situación real en que el trabajador se encuentra colocado. Es por ello que la jurisprudencia y la doctrina a la luz del artículo 53 de la Carta Política, se orientan a que la aplicación del derecho del trabajo dependa cada vez menos de una relación jurídica subjetiva, cuando de una situación objetiva, cuya existencia es independiente del acto que condiciona su nacimiento aparecen circunstancias claras y reales, suficientes para contrarrestar las estipulaciones pactadas por las partes, por no corresponder a la realidad presentada durante el desarrollo del acto jurídico laboral.

Y es evidente que al aplicar el mencionado principio, lo que se busca es el imperio de la buena fe que debe revestir a todos los contratos, haciendo que surja la verdad real, que desde luego en el litigio tendrá que resultar del análisis serio y ponderado de la prueba arrimada a los autos, evitando la preponderancia de las ficciones que con actos desleales a la justicia, tratan de disimular la realidad con el objeto de eludir el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o convencionales...»

Así, quien pretenda la declaratoria de un contrato de trabajo, debe acreditar, por lo menos la prestación personal del servicio y los extremos temporales en los cuales afirma se desarrolló la labor, para dar aplicación a la presunción contenida en el artículo 24 del CST (CSJ SL, 1.º jul. 2009, rad. 30437, CSJ SL, 5 ag. 2009, rad. 36549, CSJ SL, 13 abr. 2010, rad. 34223, CSJ SL, 6 mar. 2012, rad. 42167,

CSJ SL6621-2017, CSJ SL2536-2018, CSJ SL1166-2018, CSJ SL460-2021, entre otras).

Se precisa que en este asunto no se encuentra en discusión que la señora Emérita Sáenz Olivares, prestó personalmente sus servicios al Edificio Comercial Bosa P.H., pues así fue admitido por la convocada a juicio al contestar la demanda, y que en contraprestación se le pagaba mensualmente unos honorarios, previo la presentación de unas cuentas de cobro (f.º 38-51), por lo que en virtud de lo consagrado en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, se presume que dicha relación estuvo regida por un contrato individual de trabajo.

Determinado lo anterior, el eje fundamental del análisis consiste en determinar si la demandada, derruyó esa presunción, mediante cualquier medio de prueba que permitiera evidenciar que el servicio contratado, en realidad, se prestó bajo condiciones de autonomía e independencia.

Bajo este panorama la Sala entrará a verificar el material probatorio con el fin de determinar si la demandante en la realidad tuvo una vinculación de tipo laboral con la accionada entre el 5 de julio de 2017 y el 7 de agosto de 2019, tal como lo pretende, o si por el contrario su labor como administradora se ejecutó de manera autónoma. Así:

1. Contrato de prestación de servicios de administrador en propiedad horizontal (f.º 3-6, y 33-35), suscrito por las partes el 5 de julio de 2017, por un plazo de 3 meses, contados desde la data de su firma hasta el 5 de octubre de 2017.

El objeto del mismo fue que la actora prestaría sus servicios de administración de bienes de uso común de la demandada, conformada por 114 locales, 14 parqueaderos y 3 stand o locales comerciales; las funciones fueron las determinadas en la cláusula segunda del contrato, que consisten de forma general en: *i)* celebrar todos los contratos necesarios (aseo, seguridad, arrendamientos y obras) para la buena marcha de la administración, previa consulta al Consejo de Administración, y velar porque estos se cumplan a cabalidad; *ii)* atender la correspondencia; *iii)* tener al día e implementar las normas NIIF en la contabilidad que se llevaba a cabo en el programa Software Daytona; *iv)* vigilar y cuidar los libros de contabilidad y presentar informes ante el Consejo de Administración y Asamblea General, llevar las actas de las

asambleas, y tener al día los documentos del Edificio; v) manejar los fondos comunes, y exigir el pago de las cuotas de administración, y aplicar sanciones por mora; y vi) ejecutar el presupuesto aprobado. El valor de los honorarios fue de \$1.070.000.

Además, tiene estipulado en la cláusula novena que *«podrá ser renovado conforme a la facultad otorgada por la Asamblea al Consejo de Administración, lo cual no obsta para que cualquiera de las partes pueda darlo por terminado, sin haberse cumplido el plazo pactado, dando aviso por escrito a la otra parte con una anticipación no menos a treinta (30) días calendario, previa aceptación o revocatoria del mandato por el Consejo de Administración»*.

2. Contrato de prestación de servicios de administrador en propiedad horizontal (f.º 36-37), suscrito por las partes por un plazo de doce meses, contados a partir del 6 de julio de 2018, *«fecha de terminación del anterior»*.

El objeto del contrato fue el mismo, esto es, ser administradora de la demandada; las funciones pactadas son similares a las anteriores, agregando que debía convocar a una reunión de consejo una vez al mes, para rendir informes administrativos y financieros; y el valor de los honorarios acordados fue de \$1.310.000.

En la cláusula novena se indicó que cuando alguna de las partes desee dar por terminado el contrato, debía avisar a la otra con treinta (30) días de antelación, y en caso de renuncia debía presentar un informe ante el Consejo de Administración del estado en que entregaría el Edificio.

3. Prórroga al contrato de prestación de servicios, de fecha 13 de junio de 2019 (f.º 7), donde la demandada informa a la señora Sáenz Olivares que de conformidad con la cláusula octava del contrato de prestación de servicios que finalizaba el 6 de julio de ese año, y teniendo en cuenta que el Consejo de Administración no había realizado aun la designación de administrador para el siguiente periodo, el mismo sería prorrogado por un mes más, hasta el 7 de agosto de 2019.
4. Terminación del contrato de prestación de servicios de fecha 4 de julio de 2019 (f.º 8).

De las documentales acabadas de relacionar se evidencia que en la formalidad entre las partes se pactó que el cargo de administradora sería ejercido por medio de un contrato de prestación de servicios, sin que pueda evidenciarse de ellos, que la relación se ejecutó bajo una continuada subordinación o dependencia, pues dentro de las cláusulas pactadas no se estipuló que tuviese que acatar órdenes, imposiciones, o que ante eventuales faltas o incumplimientos se le llamaría la atención o se le impondrían sanciones, o que tuviese que cumplir un horario o estar disponible exclusivamente para la copropiedad, o que para hacer uso de su tiempo en otras actividades tuviese que solicitar permiso o autorización.

No obstante, lo que debe verificarse es en la realidad cómo se ejecutó dicha labor, situación que de los documentos aportados no puede extraerse, por lo que se pasará a analizar los testimonios practicados y el interrogatorio de parte rendido por la actora, así:

El señor **Luis Fernando Franco Moyano** testigo, propietario de 2 locales en el Edificio demandado desde hacía aproximadamente 20 años, informó que había hecho parte del Consejo de Administración hasta el 2018, y por espacio de unos 10 años; que conoce a la demandante porque fue la administradora de la copropiedad en dos periodos, el último entre 2016 y 2018, que según los estatutos el administrador se debe contratar por prestación de servicios; que el Consejo de Administración daba el aval para hacer los pagos en el Edificio, incluso el de los honorarios de la administración; frente al horario dijo *«no sé, yo la veía en la mañana y en la tarde, nunca llegue a revisar el horario en el edificio la verdad yo le soy sincero»*; que no le constaba si a ella se le habían realizado llamados de atención por llegadas tarde o porque no cumplía determinado horario, pero que el Consejo no hacía seguimiento al horario de ella, que mientras él estuvo en el Consejo, primero, no supo cuál era el horario de las personas de aseo ni de vigilancia porque eso era función de la administradora, y tampoco de la administradora, porque él *«simplemente lo que yo hago es que la veo en el edificio y esa es la actividad que yo puedo decirle que ella trabajaba en el edificio, pero yo no le hago seguimiento al trabajo que realizaba»*, y segundo, que ellos hacían sugerencias de trabajo a la administradora, pero no daban ordenas directas, daban los parámetros y ella tenía autonomía para realizarlos.

Frente a esta versión, resulta pertinente aclarar por parte de la Sala, que revisado en detalle este testimonio del señor **Franco Moyano** no se encontró que este hubiese afirmado que *«él siempre la veía y sabía que de alguna manera estaba*

supeditada a las órdenes del Consejo de Administración», como equivocadamente lo señaló el juez en las consideraciones de la providencia atacada; por lo tanto, de este solo se puede extraer lo señalado en precedencia por parte de esta Colegiatura.

El señor **Carlos Rafael Noriega** testigo, manifestó que la demandante fue administradora del Edificio entre el 2015 y el 2019, de forma interrumpida; que ella fue contratada mediante contrato de prestación de servicios; que él frecuenta la copropiedad todos los días porque su hijo tiene allí una oficina de asesorías contables, pero que veía a la señora Sáenz Olivares esporádicamente; que ella no cumplía un horario; que el administrador, el revisor fiscal y la contadora del Edificio debe presentar un informe mensual de las actividades desarrolladas al consejo de administración; que ella nunca recibió órdenes ni estuvo subordinada, que esa situación le consta porque ha sido parte del consejo de administración más o menos en 6 ocasiones en diferentes periodos en los últimos 25 años; que actualmente hacía parte de él; que ese Consejo no interviene ni controla las funciones que cumple el administrador.

La señora **Kathia María Beltrán Castro**, informó que fue administradora del 2003 al 2011, es propietaria de un inmueble en el Edificio demandado; que su contrato era de prestación de servicios; que conoce a la demandante porque fue también administradora de la copropiedad y fue vinculada por contrato de prestación de servicios; que las funciones de todos los administradores que ha tenido la copropiedad eran las determinadas en la ley; que sí se tiene un horario de atención el cual debe cumplir, pero no un horario para ejecutar las funciones; que Emérita ni siquiera iba todos los días, que la contratación de servicios por parte del administrador debe ser con apoyo del consejo de administración; que hay asuntos de los que el administrador debe estar pendiente, como por ejemplo los términos legales, las áreas comunes, pero que la actora a veces omitía ciertas cosas, y por ello el Edificio está en problemas.

El señor **William Ortiz Martínez**, indicó que es propietario de 4 locales comerciales en el Edificio demandado desde el año 2000, que conoce a la demandante porque fue administradora de este, en dos periodos, inicialmente en 2015, y posteriormente entre 2017 y 2019; que fue contratada mediante prestación de servicios de administración; que él fue miembro del consejo de administración en el año 2015; que a ella nunca se le exigió cumplir un horario, era autónoma en su tiempo y en sus funciones de acuerdo a lo estipulado en la ley, las cuales lógicamente debía cumplir e informar mensualmente al Consejo de Administración,

quien es el que avala; que ella tuvo un inconveniente con el Consejo de Administración porque entre sus funciones estaba recuperar un área de uso exclusivo en el local 246, lo cual no hizo. Expuso que cada año en la asamblea general se nombra el nuevo Consejo de Administración, el cual convoca para seleccionar administrador, en esa convocatoria puede participar el administrador de turno si lo desea, y quien cumpla con los requisitos es elegido, para ejecutar su labor por ese periodo.

Por su parte, la promotora del litigio en interrogatorio rendido el 19/01/2021 informó que es administradora de copropiedades desde el año 2003; que se vinculó con la demandada a través de contrato de prestación de servicios, pero que este fue una figura porque se le dio un manejo de otra clase; que ella con autorización del Consejo de Administración se pagaba sus propios honorarios porque era quien manejaba los recursos del Edificio, celebraba los contratos de aseo y seguridad con el aval del Consejo de Administración; que su trabajo era controlado *«todos los días y todo el día»*; que a veces llegaba a las 8 am o 9 am y salía entre las 6 y 8 pm, que ello dependía siempre del Consejo y nunca le hicieron llamados de atención, ni le pasaron memorandos.

De lo expuesto, se evidencia que en la realidad la actora no se encontraba subordinada ni dependía del Consejo de Administración, ya que los testigos traídos al proceso son propietarios y han pertenecido en diferentes periodos al mencionado Consejo, e informaron que ese órgano de control, no impartía órdenes, no le exigía cumplimiento de horario, ni le había impuesto amonestaciones, llamados de atención o memorandos a la señora Sáenz Olivares en ningún sentido; que lo que si hacían era dar el aval a ciertas decisiones que ella como administradora ponía en conocimiento básicamente en la contratación y manejo de recursos económicos, y recibían un informe mensual de administración, revisoría fiscal y contaduría con el fin de estar al pendiente de los asuntos de la copropiedad.

Recuérdese que las funciones propias del administrador están determinadas en el artículo 51 de la Ley 675 de 2001, que son básicamente las mismas que aparecen copiadas en los contratos de prestación de servicios celebrado con la actora; que el administrador conforme el artículo 50 de esa misma norma es elegido por el Consejo de Administración, por un determinado periodo; además, que este último órgano en mención tiene como función *«tomar las determinaciones necesarias en orden a que la persona jurídica cumpla sus fines, de acuerdo con lo previsto en el reglamento de propiedad horizontal»*, y es por ello que su deber es apoyar, acompañar y direccionar de manera gerencial a la administración, sin que

ello implique una subordinación o dependencia, ya que estos, simplemente son un órgano consejero, consultor y asesor, que al igual que el administrador debe velar por el mantenimiento y cuidado de la propiedad horizontal, lo que no desborda el ejercicio autónomo de la labor de administración encomendada a la actora.

Además, no toda instrucción, coordinación o aval para determinada actividad, puede ser considerada como una continuada dependencia respecto de quien la emitió, pues en eventos como el presente, lo que se advierte es el interés o cumplimiento de funciones por parte del Consejo de Administración y el administrador, para lograr el objetivo propuesto que es una adecuada gestión de la propiedad horizontal, lo que está bastante alejado de la subordinación prevista en el artículo 23 del CST, referida al modo o forma en que se requiere que se preste el servicio en cuanto a cantidad, modo y tiempo de trabajo, lo cual no se evidencia en este asunto.

Se memora que la subordinación propia de un contrato de trabajo ha sido entendida como la *«aptitud o facultad del empleador de dar órdenes o instrucciones al trabajador y de vigilar su cumplimiento en cualquier momento, durante la ejecución del contrato y la obligación permanente del asalariado de obedecerlas y acatarlas cumplidamente»* (Sentencia CSJ, SL, 1 jul. 1994, rad. 6258, reiterada en el SL, 2 ago. 2004 rad. 22259). En esta última providencia se precisó que el poder subordinante propio de un empleador guarda relación igualmente, con la facultad de sancionar o imponer disciplina a quienes prestan un servicio. Así se indicó:

A lo apuntado se suma, que aparecen en el plenario otras probanzas que el censor también denuncia como mal valoradas o inestimadas, que conllevan a la sujeción disciplinaria frente a la Clínica que se ajusta a la prestación del servicio subordinado, y que son concretamente la misiva del 19 de julio de 1995 obrante a folio 16, con la cual como lo pone de presente la censura se le hace al demandante una amonestación para que corrija las faltas o fallas que según la empresa éste venía cometiendo; vale decir, efectuar cirugías sin ayudante, y la comunicación de folio 31 o 52 que data del 10 de febrero de 1999 que corresponde a la carta mediante la cual se le finalizó el contrato firmado, donde se le invocan como motivos los “llamados de atención” por la falta de colaboración en las cirugías y a los pacientes hospitalizados en el piso, al igual que las quejas sobre su comportamiento y la asistencia a la cirugía de la señora Flora Tuirán únicamente para cobrar la ayudantía sin haberla hecho; traduciéndose todo esto en el ejercicio de la empleadora del auténtico poder disciplinario y subordinante sobre el trabajador, consistente en la potestad o facultad de sancionar el incumplimiento de órdenes, instrucciones, obligaciones, prohibiciones o la deficiente ejecución en la labor, lo que resulta ajeno a cualquier relación de naturaleza civil o comercial y sí propio de la subordinación jurídica del contrato de trabajo a que se refiere el artículo 23 del C. S. del T. (subraya fuera del texto original).

En esa medida, en este proceso se logró demostrar que la demandante ejerció el cargo de Administradora del Edificio Comercial Bosa PH, de forma autónoma en el ejercicio de sus funciones y conforme lo pactado en el contrato de prestación

de servicios suscrito entre las partes, quedando así desvirtuada la presunción consagrada en el artículo 24 del CST.

Por último, se aclara que la vinculación de una persona como administrador de una propiedad horizontal, no es del resorte exclusivo de una relación laboral sino también de cualquier otro tipo de prestación de servicios civil o comercial, pues esto, depende de las necesidades de la copropiedad.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia, esto es, absolver a la accionada de las pretensiones de la demanda.

APELACIÓN DEL DEMANDADO

Su inconformidad radica únicamente en la suma que se fijó como agencias en derecho por considerar que es muy baja frente a los gastos en que incurrió para ejercer la defensa jurídica de sus intereses.

Al respecto, advierte esta Colegiatura que la oportunidad para recurrir ese asunto conforme el numeral 5 del artículo 366 del CGP es cuando se notifique el auto que aprueba la liquidación de costas, mediante la interposición de los recursos de reposición y apelación en su contra, razón por la que no hay lugar a estudiar ese tema en esta instancia.

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

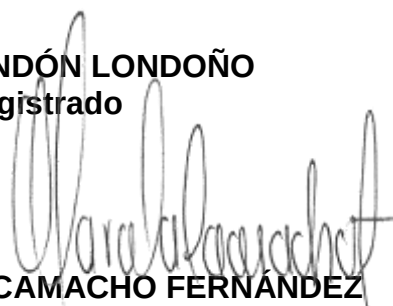
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

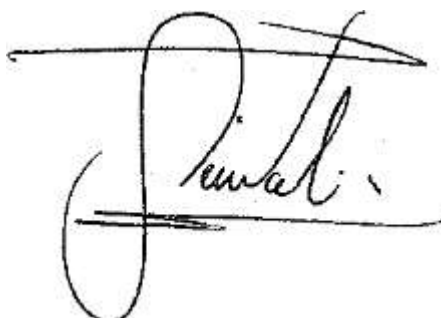
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE OLGA VICTORIA CELIS ARIAS
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., Y LA
NACION- MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO.**

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) 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 **OLGA VICTORIA CELIS ARIAS**, se **declare** la ineficacia o inexistencia o nulidad de la afiliación por la cual se trasladó del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) administrado por la AFP Colfondos. En consecuencia, se **ordene** a Colfondos trasladar a Colpensiones, la totalidad de sus cotizaciones, con los rendimientos, los costos deducidos por administración, y los otros a que tenga derecho volviendo las cosas a su estado inicial, por cuanto nunca debió dejar el RPM; que se condene a Colpensiones a reconocerle y pagar la pensión de vejez a la luz del régimen de transición a partir del 31 de agosto de 2010, con el respectivo retroactivo, a pagar los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, o en su defecto a la indexación de cada mesada pensional; que se **condene** a las demandadas a lo que resulta probado ultra y extra petita y a las costas procesales.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 1 exp. físico), señaló en síntesis, que nació el 31 de agosto de 1955; que al 1° de abril de 1994, contaba con

más de 35 años de edad, que por error a partir del 20 de septiembre de 1999, empezó a cotizar al RAIS; que los asesores de Colfondos se presentaron en las instalaciones del Sena, ofreciendo supuestos beneficios del RAIS, que al momento del traslado de régimen pensional le indicaron que en tal régimen su expectativa de pensión sería más favorable que en el RPM, pues podría pensionarse a cualquier edad y bajo mejores prerrogativas, pero que no le informaron sobre las desventajas del RAIS y las ventajas del RPM.

Narró, que era beneficiaria del régimen de transición, por lo que en su caso podía llegar a obtener una pensión de vejez a los 55 años de edad y con una tasa de reemplazo muy superior a las ofrecidas por el RAIS, por lo que dicha afiliación no podía nacer a la vida jurídica, ya que no se acompasaba con la naturaleza del contrato, en la cual ambos contratantes se benefician, pues en ese asunto le era lesivo a uno de los dos; además, que la AFP omitió advertirle sobre las consecuencias del traslado de régimen, esto es, que perdería: *i)* el régimen de transición y sus beneficios; *ii)* la posibilidad de pensionarse a los 55 años de edad; *iii)* que su prestación se liquidara conforme el IBC; y *iv)* la opción de aumentar la tasa de reemplazo si aportaba más semanas.

Explicó, que si Colfondos le hubiera explicado lo expuesto anteriormente, nunca hubiese abandonado el RPM; además, que ese fondo tampoco le comunicó la diferencia en la liquidación de la pensión de vejez en ambos regímenes, pese a conocer las semanas aportadas y su salario; que la información entregada no fue clara, precisa y transparente a fin de que ella tuviera elementos de juicio objetivos para escoger la mejor opción del mercado; que también omitió entregarle el plan de pensiones y el reglamento de funcionamiento del mismo; que no le envió aviso a fin de informarle sobre la posibilidad de regresar al RPM; que esa AFP no actuó con la debida diligencia, y buena fe. Agregó, que agotó la reclamación administrativa.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 3 exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos solo aceptó la fecha de nacimiento de la demandante; frente a los demás, señaló que no le constaban y que se atenía a lo probado con el expediente administrativo. Propuso como excepciones las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, e innominada o genérica.

La **AFP COLFONDOS S.A.** contestó (exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos únicamente aceptó la fecha de nacimiento de la actora; frente a los demás, manifestó a unos que no le constaban por corresponder a un tercero, y a otros que no eran ciertos. Aclaró, que sí le brindó una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento de este, las diferencias entre el RAIS y el RPM, las ventajas y desventajas, y el derecho de rentabilidad que producirían sus aportes en dicho régimen.

Formuló las excepciones de fondo de Inexistencia de la Obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, e innominada o genérica.

El **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** contestó (exp. digital), indicando que no se encontraba facultada legalmente para pronunciarse sobre una eventual nulidad en la vinculación al RAIS de la demandante, porque su función era únicamente «*la Liquidación, Emisión, Expedición, Redención, Pago o Anulación de Bonos Pensionales o Cupones de Bonos Pensionales a cargo de la Nación, procedimientos que se efectúan con base en las solicitudes que al respecto realicen las Administradoras del Sistema General de Pensiones*». Además, porque desconocía las circunstancias en la que el mismo se había realizado.

En lo que interesa a este proceso, informó que la demandante tenía derecho a un Bono Pensional tipo A modalidad 2, en el que concurre como emisor la Nación y adicionalmente, participa como contribuyente el ISS con su respectivo cupón, que la AFP COLFONDOS el 8 de agosto de 2008, solicitó la EMISIÓN y EXPEDICIÓN, petición que fue atendida por esa oficina mediante Resolución 5578 del 19 de septiembre de esa anualidad; que su redención normal tuvo lugar el 31 de agosto de 2015, cuando la afiliada cumplió 60 años de edad, es decir, el pago, el cual se efectuó mediante Resolución 14421 del 22 de septiembre de ese año.

Solicitó, que en el hipotético caso de acceder a las pretensiones de la demanda, previo a efectuarse dicho traslado, se le reintegre el valor reconocido por concepto de Bono Pensional, debidamente actualizado (IPC) desde la fecha de su pago hasta la fecha en que se haga el respectivo reintegro.

Propuso como excepciones de fondo, las de falta de legitimación en la causa por pasiva: la oficina de bonos pensionales del MHCP no funge como entidad de previsión social, ni fondo, ni administrador pensional, falta de ejercicio de la facultad de regresar al régimen de prima media administrado por Colpensiones, la variación del monto de la pensión no constituye vicio del consentimiento ni causal de ineficacia, validez y eficacia del traslado de régimen no puede sustentarse en la realización o no de una proyección pensional, prescripción, buena fe y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 6 de septiembre de 2021 (exp. digital), resolvió:

PRIMERO: Declárese ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante señora OLGA VICTORIA CELIS ARIAS del régimen de prima media con prestación definida administrado por el extinto del Instituto de Seguros Sociales al régimen de ahorro individual administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A, a partir del mes de septiembre de 1999, conforme a lo expuesto.

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

TERCERO: Condénese a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS, 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 por el lapso en que permaneció endicho régimen esto es desde el ciclo de septiembre de 1999 y hasta cuando se haga efectivo el traslado estos últimos deben 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, 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: Condenar a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS a devolver a la NACION MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO la suma de \$31.987.000 correspondiente al valor girado por cupón principal con recursos de LA NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO ordenada en el numeral primero de la parte resolutive de la Resolución 14221 de 22 de septiembre de 2015, debidamente indexados desde el momento de su consignación y hasta el momento de su devolución, respetándose el valor girado del cupón a cargo del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, por la suma de \$59.350.000 por el tiempo cotizado al extinto Instituto de Seguros Sociales el cual ya se encuentra consignado en la cuenta individual de la demandante.

SEXTO: Absolver a las demandadas COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS de las demás pretensiones incoadas en su contra.

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

OCTAVO: Condenar en costas de esta instancia a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS. Por secretaría liquídense e inclúyanse como agencias en derecho la cantidad de TRES MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL PESOS (MCTE) (\$3.488.000) a favor de la demandante.

NOVENO: Sin costas ni a favor ni en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES ni de LA NACION MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO.

DECIMO: Concédase el grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

Fundamentó su decisión, en que se encontraba probado que la demandante nació el 31 de agosto de 1955, por lo que para el 1° de abril de 1994, contaba con 39 años de edad; que cotizó 413 semanas al RPM entre el 27 de noviembre de 1980, y el 30 de septiembre de 1999, de las cuales desde el 11 de noviembre de 1993, se realizaron por el SENA; que según la historia laboral de Colfondos empezó a realizar sus cotizaciones desde el ciclo de septiembre de 1999, y hasta el 31 de julio de 2015; que el bono pensional se redimió con la Resolución 14421 del 22 de septiembre de 2015.

Expuso, que en el presente asunto, las pretensiones debían abordarse desde la figura de la ineficacia y no desde la nulidad, porque esta se funda en la transgresión al deber de información por parte de la AFP. Agregó, 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; 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).

Sostuvo, que al expediente no se allegó el formulario de afiliación a Colfondos, ni prueba alguna de que se hubiesen generado actos de relacionamiento -de voluntad encaminados a pertenecer a ese régimen-, y que en el interrogatorio de parte la actora aceptó que se le había ilustrado sobre las ventajas del RAIS, tales como, la creación de una cuenta de ahorro individual, la rentabilidad en sus aportes, la heredabilidad de los aportes y la posibilidad de pensionarse con una mesada superior; no obstante, no le informaron nada sobre el RPM, por lo que concluyó que con estas pruebas no llegaba a la certeza de que a la promotora del litigio se le hubiese otorgado la debida información sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, por lo que declararía ineficaz el traslado de régimen pensional que se hizo efectivo a partir del 1° de septiembre de 1999.

De otro lado, indicó que la actora era beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad, dado que para el 1° de abril de 1994, contaba con más de 35 años de edad conforme el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual conserva aún por efectos de la ineficacia aquí declarada. Agregó, que para conservar ese beneficio debía contar con 750 semanas al 25 de julio de 2005.

Informó, que al contabilizar las semanas con las pruebas documentales que tenía en el expediente, hallaba que a esa data solo tenía 659 semanas, por lo que no había conservado el régimen de transición, y advirtió que al Colpensiones al momento de estudiar la pensión de vejez debía analizar nuevamente este aspecto tomando en cuenta la totalidad de las semanas aportadas por la afiliada.

Paso entonces a verificar si la actora tenía derecho a la pensión de vejez conforme el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, e indicó que la actora había cumplido 55 años de edad el 31 de agosto de 2010, data para la que requería 1.175 semanas, pero solo acreditó 921,42, por lo que le correspondía acreditar 1.300 semanas en cualquier tiempo; sin embargo, de las pruebas obrantes en el expediente esto no se lograba extraer; además, que la señora Celis Arias informó en el interrogatorio de parte que a la fecha se encontraba laborando aun en el SENA, por lo que le correspondería a Colpensiones una vez la actora realice la solicitud de la pensión calcular la prestación con todas las semanas acreditadas.

También se refirió al Ministerio de Hacienda y Crédito Público OBP, por cuanto mediante Resolución 14421 del 22 de septiembre de 2015, se redimió el bono pensional de la actora, y se pagó a cargo de la Nación la suma de \$31.987.000 y a cargo del ISS el valor de \$59.350.000; que este dinero ya se encuentra en la cuenta de ahorro individual de la señora Celis Arias, por lo que procedería a ordenar la devolución por parte de Colfondos a esa entidad del valor que cubrió la Nación, esto es, \$31.987.000 debidamente indexado.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación por considerar que la decisión de instancia era violatoria de las normas legales, como por ejemplo el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, y el artículo 113 de la Ley 100 de 1993. Agregó, que el traslado se había realizado con plena voluntad de la cotizante y por tanto no podía declararse la ineficacia de este, pues esta se vio ratificada con su permanencia y la realización de cotizaciones por más de 19 años al RAIS, más su actitud pasiva al no informarse sobre su futuro pensional.

Solicitó, que quede claro que la actora no tiene derecho al régimen de transición, porque si bien esta cumplía con el requisito de la edad a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, también lo era que no acreditó los 15 años de servicios o cotizaciones conforme la historia laboral, esto con el fin de evitar posibles controversias futuras.

El **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, presentó recurso de apelación por considerar que la devolución a esa cartera debía hacerse de forma total y no parcial, teniendo en cuenta que esa entidad es la garante de los recursos del sistema general de pensiones y de su destinación, y que el bono pensional tipo A modalidad 2 al haberse emitido y redimido debe ser anulado y reintegrado en su totalidad por la suma de \$91.337.000, más su indexación desde la fecha de su pago hasta su efectiva devolución por parte de Colfondos.

Indicó, que el bono pensional tipo A modalidad 2 es reconocido única y exclusivamente a las personas que se encuentran afiliadas al RAIS y dada la declaratoria de ineficacia la demandante ahora se encontraría en el RPM régimen en el que la pensión no se financia con bono pensional tipo A, siendo Colpensiones quien determine la prestación que debe reconocérsele a la actora, y si esta se debe financiar con bono pensional, el cual en todo caso será diferente, ya sea tipo B o tipo T, pero no tipo A, y es Colpensiones quien debe solicitar al Ministerio de Hacienda y Crédito

Público la emisión del mismo una vez haya efectuado el reconocimiento de la pensión no antes, citó la sentencia CSJ SL4593-2020.

La **DEMANDANTE**, y la **AFP COLFONDOS S.A.** no interpusieron recurso alguno.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Colfondos S.A., 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, y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público reintegrarle lo pagado por bono pensional.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora OLGA VICTORIA CELIS ARIAS nació el 31 de agosto de 1955, por lo que al 1° de abril de 1994, contaba con más de 35 años de edad, siendo en principio beneficiaria del régimen de transición; *ii)* que se afilió al ISS donde aportó desde el 27 de noviembre de 1980, hasta el 30 de septiembre de 1999, un total de 413 semanas, según historia laboral allegada por Colpensiones actualizada al 20 de agosto de 2020 (carpeta 5 exp. Digital); *iii)* que se trasladó al RAIS mediante la AFP Colfondos, con fecha de inicio de contrato **1° de septiembre de 1999**, según estado de cuenta expedido por esa entidad con fecha de corte agosto de 2015 (f.° 51-58 archivo 1 exp. Digital); *iv)* que al 14 de septiembre de 2015 continuaba laborando en calidad de empleada pública para el SENA según certificación expedida por esa entidad; y *v)* que Colfondos le realizó una simulación pensional el 2 de enero de 2015, donde le informó que contaba con 1.366 semanas cotizadas, y que le correspondería una mesada pensional de \$1.169.817 para ese año.

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, 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 esa Corporación 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 la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia 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 que se hizo efectivo el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad de la demandante –**1° de septiembre de 1999-**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

En el presente asunto se evidencia que la AFP Colfondos, no aportó absolutamente ningún documento como medio de prueba a fin de demostrar que había cumplido con el deber de información al momento en que se realizó el traslado de régimen pensional, el cual en ese preciso asunto debía ser más riguroso como quiera que la señora Celis Arias era beneficiaria del régimen de transición en razón a su edad, por lo que además debía comunicársele este privilegio, explicárselo detalladamente y advertirle que si se trasladaba al RAIS lo perdería.

De las pruebas documentales obrantes en el expediente, lo único que se extrae es que la actora está afiliada al ISS para los riesgos de IVM desde el 27 de noviembre de 1980, y allí permaneció hasta septiembre de 1999, data a partir de la cual sus cotizaciones se empezaron a realizar a Colfondos, y que desde el 11 de noviembre de 1993, y hasta por lo menos el 6 de septiembre de 2021, fecha en que rindió interrogatorio de parte ella ha estado vinculada al SENA, sin que de estas se pueda concluir 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.

Así mismo, del interrogatorio de parte rendido por la actora, advierte la Sala que una vez escuchado el audio en su integridad se encontró que la señora Celis Arias señaló que se trasladó a la AFP Colfondos finalizando el año 1999, cuando ella laboraba para el Sena como instructora, que la invitaron a una charla de pensiones en el salón Esmeralda a la cual asistió y allí estaban la mayoría de sus compañeros, que en esa reunión los asesores de Colfondos manifestaron que el ISS iba a ser liquidado, por lo que debían elegir un fondo privado de pensiones, que si ellos no lo hacían lo haría la empleadora; que ello ofrecían mayor rentabilidad en los aportes; que se podían pensionar a menor edad; que en caso de fallecer la pensión en el ISS se iba a perder mientras que con ellos sería heredable; que ellos estaban asociados con una multinacional que generaba mucha estabilidad; que ella diligenció y firmó el formulario sin precisión ni amenaza. Igualmente, negó que le hubiesen informado sobre: *i)* el bono pensional; *ii)* requisitos para acceder a la pensión en el RAIS; *iii)* derecho a retractarse de esa decisión; *iv)* el reglamento de ese fondo; *v)* que sus aportes iban a una cuenta de ahorro individual; *vi)* una proyección pensional; y *vii)* aportes voluntarios. Adicionó, que ella ha trabajado toda su vida en el Espinal Tolima; que Colfondos fue a ese pueblo solo el día que los afiliaron por nunca más volvieron, por ende, nunca pudo tener otra asesoría. Agregó que desde el año 1993, se vinculó con el SENA y que a la fecha (6/09/2021) continua como Instructora, que su relación ha sido continua. Las demás preguntas y respuestas se realizaron sobre asuntos posteriores a la data del traslado.

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 el hecho de que la accionante hubiese señalado que el asesor de Colfondos le explicó algunas características del RAIS, NO implica que hubiese confesado que el asesor **en septiembre de 1999**, le hubiese dado una información adecuada, suficiente, clara, transparente y detallada 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 Colfondos S.A. debía probar en este proceso y no lo hizo.

Lo anterior como quiera que la validez del traslado en este asunto dependía de que el consentimiento dado por la actora fuese informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, **la**

comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación a determinado régimen, y las diferencias con el otro, y si es beneficiario del régimen de transición como en este caso, comprender que implicaba esa prerrogativa, la cual se perdía con ocasión del traslado al RAIS.

De otro lado, no podría sostenerse que al haber permanecido la actora en el mismo fondo desde 1999, era porque conocía a cabalidad las características del RAIS y 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:

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).

Tampoco es de recibo el argumento de que la actora se encontraba inmersa en la prohibición de que trata el artículo 2.º de la Ley 797 de 2003, porque lo que aquí se está evaluando es el acto jurídico del traslado inicial, que ocurrió en el sub lite en el año 1999, mucho antes de la entrada en vigor de la mencionada norma.

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 adocrinó:

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

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras).

Ahora, frente a la apelación que presentó Ministerio de Hacienda y Crédito Público, advierte esta Colegiatura que si el bono pensional tipo A fue emitido y redimido, es porque la actora cumplía con todos los requisitos para ello y Colfondos entidad que administra sus aportes hasta la fecha realizó correctamente el trámite requerido para su reconocimiento y pago, observándose además, que este fue redimido de forma normal mediante la Resolución 14421 del 22 de septiembre de 2015, cuando la actora cumplió 60 años de edad, esto es, el 31 de agosto de igual año.

Así, si el bono pensional se pagó por cumplir con todos los requisitos para ello, y a partir de septiembre de 2015 es parte integral del capital que posee la actora en su cuenta de ahorro individual para financiar sus prestaciones ya sea en el RAIS o en el RPM, este es un asunto que no puede retrotraerse, por lo que ante la declaratoria de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales lo correcto es trasladar todos los conceptos que integran el capital incluyendo el bono pensional a Colpensiones, esto conforme lo expuso esta Sala en el proceso 11001310503920210027201 donde se acogió íntegramente lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en SL1309-2021, donde se fijó:

(...) no obstante, no puede perderse de vista que la orden del retorno del promotor del litigio al régimen de prima media es un hecho sobreveniente que surge como consecuencia del criterio doctrinal aquí plasmado, por darse los presupuestos previstos en la sentencia CC C-789/02, como ya quedó visto.

En esa medida, al ser un hecho consumado la redención de los bonos pensionales lo que no es dable retrotraer, y ser este ahora parte del capital de la cuenta de ahorro individual que el demandante tiene en el fondo privado, lo procedente en este caso, es que dicho monto sea trasladado a la administradora de pensiones Colpensiones, junto con los dineros correspondientes a los aportes y los rendimientos que esas sumas hayan generado, pues como ya se dijo, los bonos hacen parte de las contribuciones destinadas a financiar la prestación deprecada (art. 115 Ley 100/93).

Cabe aclarar, que si bien la fecha de redención tiene incidencia en el monto del bono pensional, y que en este caso de no haberse redimido y entregado los dineros del bono a la AFP privada desde el 15 de diciembre de 2011, hoy podría significar un mayor valor por el transcurrir del tiempo y rendimientos, y de igual forma dar lugar a una afectación para el afiliado, debe tenerse en cuenta que la redención tuvo ocurrencia como consecuencia de la solicitud de pensión de vejez que hiciera el propio demandante como lo confiesa en la demanda inicial, siendo ello lo que dio lugar a que Protección, solicitara los bonos pensionales, por cumplirse los requisitos para el efecto.

En este orden, las particularidades que surgieron con posterioridad a dicho trámite adelantado por el fondo Porvenir y que dieron lugar a que el afiliado no aceptara el valor de la mesada y reclamara luego el retorno al RPM, no pueden servir de fundamento para ordenar ahora la devolución de los bonos a quienes lo emitieron y disponer así una nueva redención de estos a unas entidades que no los administraron y tuvieron en su haber el capital que los conformaba durante todo este tiempo, lo que conllevaría que asumieran las consecuencias de actos atribuibles al propio afiliado, y de contera podría significar un detrimento patrimonial de estas o del sistema pensional, máxime cuando su actuar en aquella oportunidad estuvo ajustado a derecho, y fueron unas circunstancias externas ajenas a ellas que dieron lugar a la situación sui generis que hoy nos ocupa.

*De otra parte, no sobre advertirle a Colpensiones, que como quiera que el bono pensional del señor Luis Carlos Gaviria Echavarría **se redimió y el dinero hace parte del capital que integra la cuenta de ahorro individual del afiliado**, se trasladó en dicha cuenta el monto de la redención del dicho bono más sus rendimientos, **por lo cual debe realizar las gestiones necesarias con la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el fin de establecer las fuentes de financiación de la respectiva pensión y si es del caso, devolverle a ésta, la O.B.P., el valor que corresponda.***

En esta medida, lo que corresponde es que Colpensiones realice las gestiones necesarias con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público Oficina de Bonos Pensionales con el objetivo de verificar las fuentes de financiación de las prestaciones económicas que se causen en favor de la señora Celis Arias, tomando en cuenta el valor del bono pensional ya redimido y, si es del caso, Colpensiones **deberá devolver al Ministerio lo que concierna.**

En consecuencia, esta Sala de Decisión, en virtud de que a favor de Colpensiones se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta y que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado, dispondrá, de un lado, revocar el numeral quinto de la sentencia consultada y apelada, para en su lugar absolver a Colfondos de devolver al Ministerio de Hacienda y Crédito Público el cupón girado por la Nación; y de otro, adicionar el numeral tercero la sentencia de primer grado, en el sentido de condenar a la AFP Colfondos S.A., a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad desde el 1° de septiembre de 1999 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, el bono pensional completo 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 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 adelante.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandada Colpensiones, como quiera que su recurso de alzada no prosperó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS 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 septiembre de 1999 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, **el bono pensional completo** y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: REVOCAR EL NUMERAL QUINTO de la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar **ABSOLVER** a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., de la condena allí impuesta, relacionada con la devolución del bono pensional al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, acorde con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

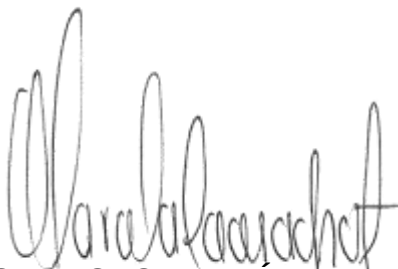
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada.

CUERTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones.

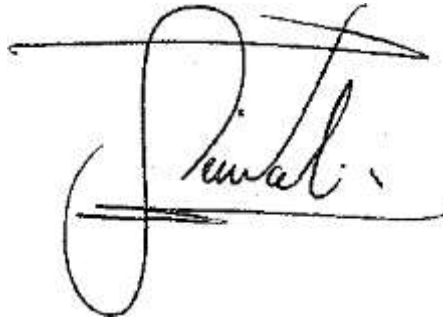
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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, 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 MERCEDES DEL PILAR
VALERO PÉREZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES COLPENSIONES, Y ADMINISTRADORA DE FONDO DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) 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 sentencia.

AUTO

Téngase a **MEJIA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S.** representada legalmente por la suplente **MARÍA JULIANA MEJÍA GIRALDO**, identificada con CC n.º 1.144.041.976 de Cali, como apoderada de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido mediante escritura pública 3373 del 2º de septiembre de 2019 ante la Notaría 9ª del Círculo de Bogotá.

Se reconoce personería a **WINDERSON JOSÉ MONCADA RAMÍREZ**, identificado con CC n.º 1.232.398.851 de Cúcuta y TP n.º 334.200 del C.S. de la J, como apoderado sustituto de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido, previa comprobación de su calidad de abogada en la página del Registro Nacional de Abogados – SIRNA, de conformidad con el Decreto 806 de 2020. Se tiene por revocado el poder otorgado a la abogada **JULYS SOFÍA PUPO MARTÍNEZ**.

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **MERCEDES DEL PILAR VALERO PÉREZ**, se **declare** la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por la cual se trasladó del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) administrado por la AFP Protección. En consecuencia, se **ordene** a esta trasladar a Colpensiones, todas las sumas de dinero que figuren en su cuenta de ahorro individual, tales, como bonos, aportes, rendimientos, comisiones, etc.; que se **ordene** a Colpensiones activar su afiliación al RPM, y actualizar su historia laboral con los aportes provenientes del RAIS; que se **condene** a las demandadas a lo probado ultra y extra petita y a las costas procesales.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 90-92 exp. físico), señaló en síntesis, que nació el 10 de febrero de 1962; que se afilió al ISS desde el 2 de mayo de 1983, y cotizó 496,86 semanas, más el tiempo que laboró para el Hospital Militar Central en el cual no efectuó cotizaciones «*laboró durante 835 semanas*», antes de trasladarse de régimen pensional; que el 15 de febrero del 2000, se trasladó al RAIS a través de la AFP Protección S.A., y que en la actualidad cuenta con 1858 semanas.

Narró, que esa AFP no le informó: *i)* las implicaciones de trasladarse de régimen pensional; *ii)* la naturaleza propia del régimen de capitalización; *iii)* las desventajas del RAIS; *iv)* los distintos escenarios comparativos entre uno y otro régimen pensional; y *v)* que debía quedarse en el RPM, pese a conocer el número de semanas cotizadas y el promedio de sus salarios.

Expuso, que durante su permanencia en el RAIS nunca recibió asesoría profesional y comprensible sobre las diferentes alternativas para la elección de su régimen pensional; que por su propia cuenta contrató una asesoría particular en la que se dio cuenta que había sido engañada por Protección y que le había generado un conocimiento falso de la realidad. Agregó que solicitó ante Colpensiones y Protección la anulación de su traslado al RAIS, pero que ninguna de las entidades en mención accedió a sus peticiones.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 04 CD f.º 135), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, las semanas cotizadas al ISS conforme su historia laboral; que el

15 de febrero del 2000, se trasladó al RAIS, y que agotó la reclamación administrativa; frente a los demás, señaló que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, y presunción de legalidad de los actos administrativos.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó (archivo 02 CD f.º 135), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora; que el 15 de febrero del 2000, suscribió de manera libre, voluntaria e informada formulario de vinculación con esa AFP, la cantidad que semanas que tiene cotizadas; que solicitó la anulación de su traslado, pero que el mismo fue negado; frente a los demás, manifestó a unos que no le constaban por corresponder a un tercero, y a otros que no eran ciertos. Aclaró, que al momento de la afiliación le brindó una asesoría amplia, correcta, clara, comprensible y suficiente sobre todos los aspectos del RAIS, como lo son: la construcción de un capital en una cuenta de ahorro individual donde se depositan mes a mes sus aportes pensionales ganando rentabilidad financiera de acuerdo con el comportamiento del mercado y el perfil de riesgo de cada afiliado, capital a partir del cual se define la pensión, así mismo se le explicó que este capital es de su propiedad y por esa razón este valor puede heredarse a falta de beneficiarios, también se le informó sobre la figura de la garantía de pensión mínima y la devolución de saldos, la posibilidad de realizar aportes voluntarios y de pensionarse en forma anticipada siempre y cuando se contara con un capital que le permitirá financiar una pensión superior al 110% de un salario mínimo legal mensual vigente al año de 1993, tal como lo establecía el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, que igualmente le indicaron todas las diferencias que existen entre ambos regímenes señalándole con total claridad que eran EXCLUYENTES y traían sus propias implicaciones o efectos para cada persona.

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

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 14 de julio de 2021 (archivo 15 CD f.º 135), resolvió:

PRIMERO: Declárese ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante señora MERCEDES DEL PILAR VALERO PÉREZ (...) del régimen de prima media con prestación definida administrado por el extinto del Instituto de Seguros Sociales al régimen de ahorro individual administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, a partir del 1º de abril del 2000, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: Condénese a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración, durante todo el tiempo que permanezca en el régimen de ahorro individual con solidaridad a partir del 1º de abril de 2000 Y hasta cuando se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por concepto de administración deben ser devueltos del patrimonio del fondo debidamente indexados, conforme a lo expuesto.

TERCERO: Declárese válidamente vinculada la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a lo expuesto.

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, 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.

SEXTO: CONDENAR en costas a PROTECCION S.A., a favor de la parte actora. Liquídense por secretaría e inclúyase como agencias en derecho la suma de \$3.448.000.

SEPTIMO sin costas ni a favor ni en contra de COLPENSIONES.

OCTAVO: Concédase el grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

Fundamentó su decisión, en que se encontraba probado que la demandante nació el 10 de febrero de 1962; que cotizó 496,86 semanas al RPM entre el 2 de mayo de 1983 y el 31 de marzo del 2000; que el 15 de febrero del 2000, se trasladó al RAIS a través de la AFP Protección 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; que desde luego 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; 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, 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 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.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PROTECCIÓN** interpuso recurso de apelación solo en lo que tiene que ver con la condena a devolver los gastos de administración, argumentando que no era procedente trasladar esos conceptos porque son comisiones ya causadas, por la administración de los aportes de la afiliada, los cuales se debitaron por ministerio de la ley, como contraprestación a una buena gestión.

Expuso, que condenarla a devolver el capital de la cuenta de ahorro individual, más los rendimientos financieros y las comisiones por administración sin duda se constituía en un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, por recibir

una comisión que no está destinada a financiar la pensión de vejez; además, estaría recibiendo los rendimientos de un dinero que nunca administró; que son fruto de la buena administración de Protección S.A., por lo que esta última entidad tiene derecho a conservar esos conceptos como restitución mutua a su favor.

Sostuvo, que si la consecuencia jurídica de declarar la ineficacia era que la afiliación al RAIS nunca había existido, era lógico que los rendimientos tampoco, por ende, no había lugar a devolverlos.

En lo que respecta al seguro previsional, refirió que ese dinero fue girado a una aseguradora, para que en caso de existir un siniestro por invalidez o muerte, esa entidad pagara una suma adicional con el fin de financiar las prestaciones de esos riesgos, que esa suma la ha venido pagando mes a mes durante todo el tiempo que la actora ha estado afiliada a Protección, por lo que se encontraba imposibilitada para devolverla porque la aseguradora era un tercero de buena fe, en el contrato de afiliación de la promotora del litigio con esa AFP.

Señaló, que el 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, es susceptible de aplicarle la prescripción porque eran conceptos que se iban descontando en la periodicidad que imponía la ley y no financiaban la prestación económica por vejez.

COLPENSIONES no interpuso recurso alguno.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora MERCEDES DEL PILAR VALERO PÉREZ se afilió al ISS donde aportó desde el 2 de mayo de 1983, hasta el 31 de marzo del 2000, un total de 496,86 semanas (historia laboral Colpensiones CD f.º 135); *ii)* que por solicitud de corrección de historia laboral para bono pensional (f.º 72-73 PDF CD F.º 135), la actora reportó 842,29 en el RPM semanas válidas para bono pensional (f.º 23 PDF CD F.º 135); y *iii)* que el **15 de febrero del 2000**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Protección S.A. (f.º 23, 42 y 76 PDF CD F.º 135), AFP en la que se encuentra actualmente, y donde reporta al 12 de noviembre de 2020 un total de 1.896,58 semanas.

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, 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 esa Corporación 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 la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia 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 –**15 de febrero 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 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).

La AFP Protección, aportó al expediente el formulario de solicitud de afiliación y traslado suscrito el **15 de febrero 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 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).

De otro lado, no podría sostenerse que al haber permanecido la actora en el mismo fondo desde el 2000, era porque conocía a cabalidad las características del RAIS y 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:

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. (Negritillas fuera del texto original).

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

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

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

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

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 Protección 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 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 adelante.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandada PROTECCIÓN S.A., como quiera que su recurso de alzada no prosperó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

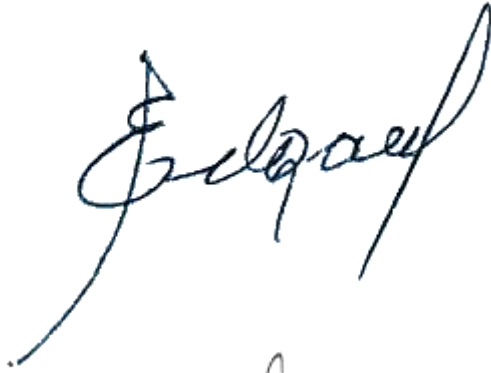
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN 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 consultada y apelada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Protección.

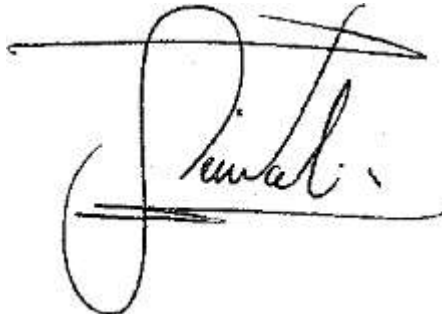
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Protección, 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 CAMILO ERNESTO SALAS CHACÓN CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, Y ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta y un (31) 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 el señor **CAMILO ERNESTO SALAS CHACÓN**, se **declare** la nulidad de la afiliación por la cual se trasladó del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) administrado por la AFP Porvenir, por omisión al deber de información, en consecuencia, se **condene** a esta a trasladar a Colpensiones todos los aportes, junto con los rendimientos financieros causados; que se **ordene** a Colpensiones activar su afiliación en el RPM, y recibir el traslado de los aportes; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, así como a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 1-4 archivo 01 exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 26 de marzo de 1961; que se afilió al ISS el 4 de octubre de 1989, y allí aportó hasta septiembre de 2001; que el 1º de septiembre de 2001, se trasladó al RAIS mediante la afiliación con la AFP Porvenir, pero que esa AFP, no le brindó información adecuada y completa acerca del cambio

de régimen pensional, que le permitiera tomar una decisión informada, autónoma y consiente respecto de los riesgos y la pérdida de los beneficios que ello implicaba, ni las condiciones que el nuevo modelo pensional tenía, no lo ilustraron sobre las desventajas de pertenecer al RAIS, ni que su prestación dependería de los aportes efectuados y sus rendimientos financieros; tampoco que habían diferentes modalidades de pensión; que no explicaron las diferencias entre los dos regímenes pensionales de forma comparada, ni le informaron sobre el derecho de retracto, y que en la actualidad continúa en ese fondo.

Narró, que el 27 de noviembre de 2020, radicó reclamación administrativa ante Colpensiones en la que solicitó la nulidad del traslado al RAIS, y la reactivación de su afiliación en el RPM, que esa entidad le contestó que su petición era improcedente.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó (archivo 17 exp. digital), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, que estuvo afiliado al ISS y las datas referidas, y que agotó la reclamación administrativa; frente a los demás, manifestó que no le constaban por corresponder a un tercero. Formuló como excepciones de fondo, las de hecho de la víctima/afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento de la nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad, buena fe, e innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.**, contestó (archivo 18 exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos refirió a unos que no le constaban por corresponder a un tercero, o que no eran ciertos. Aclaró, que el traslado de régimen se realizó en el año 2001, producto de una decisión libre e informada, después de haber sido asesorado sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales, tal y como se aprecia en el formulario de afiliación -documento que se presume auténtico - en el cual se dejó constancia de la libre escogencia conforme el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; que igualmente le explicaron las ventajas y desventajas del RAIS, con el fin de que él tomara una decisión libre y voluntaria e informada; 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 encontraban definidas y establecidas en su totalidad por la ley, sin que las partes puedan pactar condiciones diferentes.

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

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 1° de julio de 2021 (archivos 32-34 exp. digital), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER de la totalidad de las pretensiones incoadas por el demandante CAMILO ERNESTO SALAS CHACÓN a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. como quiera que el traslado de régimen de la demandante no se encontraba viciado de nulidad, como quiera que si fue informado en el momento de traslado del régimen.

SEGUNDO: CONDENAR al demandante CAMILO ERNESTO SALAS CHACÓN al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO: Como quiera que el resultado de la presente sentencia fue adverso a los intereses de la demandante se concede el grado jurisdiccional de consulta en el evento de que la sentencia no sea apelada.

La a quo, empezó por afirmar que el demandante se encontraba afiliado en la actualidad al RAIS, que en el expediente se hallaba el formulario de traslado del ISS a Porvenir diligenciado el 1° de septiembre de 2001, por lo que verificaría cuales eran los presupuestos normativos vigentes a esa data, encontrando que eran: el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, disposiciones que citó textualmente.

Señaló, que aparentemente el formulario de vinculación cumplía con la totalidad de los presupuestos exigidos por la normatividad vigente; no obstante, analizaría el caso a la luz de lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, y refirió puntualmente la sentencia CSJ SL1452-2019, citándola en extenso.

Indicó, que al verificar las pruebas del proceso, lo primero que debía advertir era que en el formulario de afiliación firmado por el demandante, persona que tiene una educación básica, que podía leer el contenido del mismo, se encontraba una leyenda que decía:

“Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de mi decisión, así mismo he seleccionado a Porvenir S.A. para que sea la única que administre mis aportes pensionales. También declaro que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos. Igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud.”

Sostuvo, que del interrogatorio de parte del actor se evidenciaba que él tenía el conocimiento de las características de los regímenes pensionales y que claramente sabía que eran distintos, pues señaló que no recibió presiones para trasladarse, que le ofrecieron unos beneficios y que quiere retornar al RPM porque sabe que esas garantías no se van a dar, como por ejemplo que se podía pensionar antes de tiempo y con un salario superior al mínimo; que podía retirar el dinero sino se pensionaba; que le dieron una información básica, que en ese entonces la pensión era a los 60 años; que si le dijeron que se iba a generar una rentabilidad, sobre si los dineros eran heredable respondió que no recordaba si se lo habían explicado, aceptó que sabía que eran dos regímenes pensionales diferentes, que el ISS era del Estado y que Porvenir era del fondo privado.

Con base en lo anterior, consideró que el actor entonces conocía cual era la edad para pensionarse en el RPM, que los dos regímenes eran totalmente diferentes, y que conocía los beneficios básicos, por tanto, concluyó que, si había recibido la información mínima necesaria exigible para el año 2001, para que ese traslado fuera valido jurídicamente hablando.

Sostuvo, que para el año 2001, no era requisito por la normatividad de la época que se le realizara una proyección pensional, y tampoco que le hubiesen presentado documentos escritos, porque la entrega de documentos adicionales al formulario de traslado tampoco era una exigencia para aquella data. Concluyó, que en este caso no había lugar a declarar la ineficacia del traslado porque en 2001, si se le dio al actor la información necesaria que era exigida.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE**, interpuso recurso de apelación afirmando que si bien la a *quo* hizo referencia a la jurisprudencia sobre ineficacia del traslado de régimen pensional, también lo era que había pasado por alto que el deber de información que recaía sobre las AFP implicaba que al actor se le hubiese entregado una información clara, oportuna y suficiente acerca de 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 eventual pérdida de beneficios pensionales.

Sostuvo, que las afirmaciones que la *a quo* tuvo como confesión surgen en su conocimiento a partir de que empezó a interesarse por su pensión y cómo podría adquirirla, pero no le fue entregada por la asesora de Porvenir al momento en que se realiza el traslado, ni de forma posterior a la afiliación.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual 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 los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor CAMILO ERNESTO SALAS CHACÓN se afilió al ISS donde aportó desde el 4 de octubre de 1989, hasta el 31 de diciembre del 2000, 539,86 semanas según historia laboral emitida por Colpensiones actualizada al 16 de febrero de 2021 (Carpeta exp. Adm, exp. digital); y *ii)* que el **1° de septiembre de 2001** se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir (f.º 130 archivo 18 exp. digital), AFP en la que se encuentra actualmente.

INEFICACIA DEL TRASLADO

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, 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 disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009).

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

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**1° de septiembre de 2001**–, la obligación de la AFP se

enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «libre y voluntariamente» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ SL1452-2019, 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 1º de septiembre de 2001, 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 esa 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).

Y del interrogatorio de parte rendido por el actor, advierte la Sala que una vez escuchado el audio en su integridad se encontró que el señor Salas Chacón señaló que sus estudios fueron hasta bachillerato y su profesión es Conductor; que cuando se trasladó a la AFP Porvenir (01/09/2001), él iba a entrar a trabajar a Envía Colvanes SAS y en el proceso de selección le dijeron que pasara a la inscripción del fondo de cesantías y pensiones; que allí estaban unas asesoras de Porvenir; que no recibió presiones para firmar el formulario de afiliación pero que era un requisito de la empresa; que ellas le hicieron lo de las cesantías y le ofrecieron pasarse de fondo de pensiones; que ellas preguntaban e iban llenando el formulario y él solo lo firmó; que no le entregaron copia de ningún documento; que en ese momento le informaron que se podía pensionar antes de tiempo y con un salario superior al mínimo; que podía retirar el dinero antes de tiempo si no se pensionaba; que respecto de la financiación de la prestación él no recordaba exactamente *«pero digamos fue una información básica porque yo pregunté, en ese entonces la pensión era a los 60 años y yo pregunté si me podía pensionar antes y me dijeron que sí, que de acuerdo a, bueno no se si era un monto o algo así, pero me dijeron que sí, y que si me pensionaba iba a ser por más del SMMLV, de acuerdo con el salario que iba a entrar a devengar en ese momento»*; que le dijeron que sus aportes iban a generar una rentabilidad y que en el ISS no; que no le explicaron que sus aportes eran heredables pero que él tenía claro que en caso de fallecer la pensión pasaba a su esposa o los hijos con discapacidad o algo así porque eso es una norma; que era consciente de que se estaba trasladando de fondo de pensiones, porque él sabía que el ISS era del Estado y Porvenir era privado; que firmó el formulario de forma libre y voluntaria.

Negó que le hubiesen informado sobre: i) la creación de una cuenta de ahorro individual; ii) que para pensionarse antes debía acreditar antes cierto monto en la cuenta; iii) que el monto de su pensión dependía de lo ahorrado con esa AFP; y iv) aportes voluntarios. Las demás preguntas y respuestas se realizaron sobre asuntos posteriores a la data del traslado, como por ejemplo que, si le llegaron extractos, cuál era el motivo para querer retornar a Colpensiones, que si se ha acercado a Colpensiones a verificar su situación pensional.

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, pues realmente se observa que le indicaron de forma general que podría acceder a una pensión anticipada de vejez sin explicarle cuales eran los requisitos para ello, que su prestación sería superior a un SMMLV sin ilustrarlo acerca de la financiación de esta, cuál era el monto mínimo que debía ahorrar y la posibilidad de

realizar aportes voluntarios, pues el hecho de haberle indicado que sus aportes generarían rendimientos no es suficiente para tener por satisfecho que le informaron sobre cómo se financiaba y liquidaba su pensión, y que el actor conociera que el ISS era del Estado y que Porvenir era Privado, de ninguna manera implicaba que tuviese conocimiento de cuáles eran las diferencias entre los dos regímenes pensionales.

Por ende, no hay lugar a establecer que se hubiese dado una información adecuada, suficiente, clara, transparente y detallada 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 deber u obligación de Porvenir 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 en este puntual caso no se probaron.

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 no haber retornado al RPM, es porque conocía a cabalidad las características del RAIS y ello demuestre 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).

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

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

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

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, 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 **CAMILO ERNESTO SALAS CHACÓN** el 1° de septiembre de 2001 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 las AFP Porvenir a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquellas, las cotizaciones recibidas en su integridad desde el 1° de noviembre de 2001 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 la accionante en su cuenta de ahorro individual. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (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 Uno Laboral del Circuito de Bogotá, el 1° de julio de 2021, para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor **CAMILO ERNESTO SALAS CHACÓN** al régimen de ahorro individual el 1° de septiembre de 2001 el cual se hizo efectivo a partir del 1° de noviembre de ese mismo año, 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 noviembre de 2001 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 la accionante en su cuenta de ahorro individual. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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.**

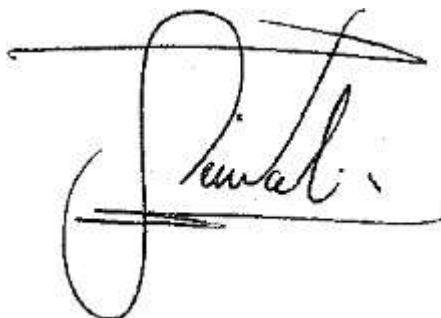
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



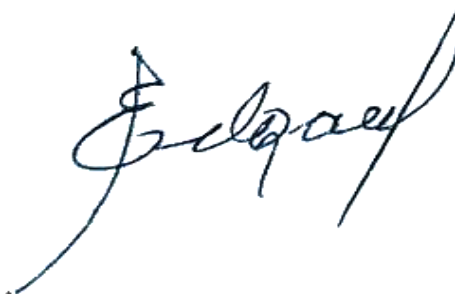
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

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