

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

EXPEDIENTE No. 38201900277-02

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.

EXPEDIENTE No. 38201900277-02

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

EXPEDIENTE No. 38201900277-02

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).

EXPEDIENTE No. 38201900277-02

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 muchas 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 desfavor 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

EXPEDIENTE No. 38201900277-02

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.** (Negrillas 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 a 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.

EXPEDIENTE No. 38201900277-02

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

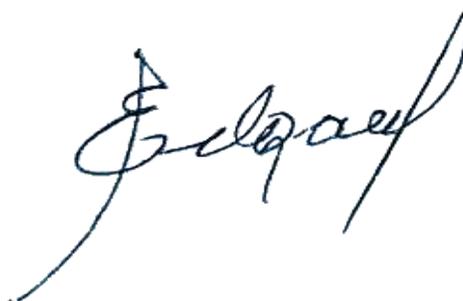
aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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.**

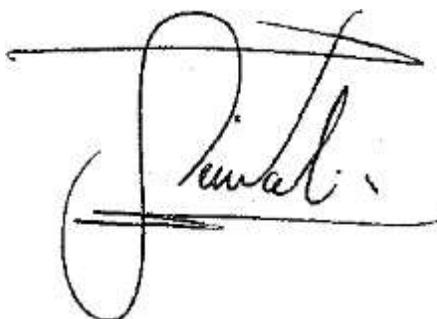
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

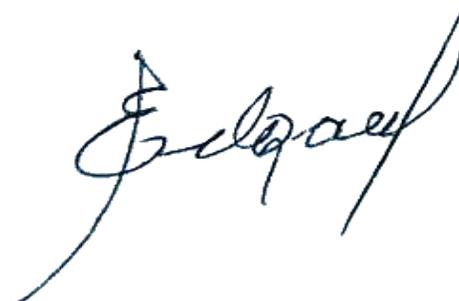


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

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.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente