



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: NIDIA UVERLY LEÓN LONDOÑO
Demandada: COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A.
Radicado No.: 31-2021-00123-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – MODIFICA Y ADICIONA

Bogotá D.C., veintidós (22) de junio del dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. **ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES**, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Nidia Uverly León Londoño instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A. con el propósito de que se declare la nulidad de la afiliación realizada al RAIS el 20 de febrero de 1996, por incumplimiento de los deberes legales de información y de buen consejo a la afiliada y por el engaño al mismo, los cuales generaron un error de hecho que vició su consentimiento. Así mismo, pidió que se declare que es beneficiaria del régimen de transición y, por tanto, es beneficiaria de la pensión de vejez bajo los parámetros establecidos en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta el promedio de lo devengado en los últimos 10 años.

En consecuencia, solicitó que se condene a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los valores de su cuenta individual, así mismo, pidió que se ordene a esta última activar la afiliación en pensión, lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso. Como pretensiones subsidiarias pretendió que Colpensiones sea condenada a reconocer y pagar los perjuicios causados que conllevan a su vida y a sus finanzas las diferencias derivadas de la pensión en la AFP Porvenir S.A. y la que obtendría en el otro régimen. Así mismo, que la AFP reconozca y pague los perjuicios causados que conllevan a su vida y a sus finanzas las diferencias derivadas de la pensión en la AFP y la que obtendría en el Régimen de Prima Media Con Prestación Definida, teniendo en cuenta su expectativa de vida; dichas diferencias con su respectiva indexación e intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que inició sus cotizaciones al ISS a partir del 15 de marzo de 1985 y con posterioridad se trasladó al RAIS el 20 de febrero de 1996. Refirió que el traslado fue motivado por engaños de los asesores comerciales de dicha administradora y la empresa donde trabajaba en su momento, quienes de forma dolosa le dijeron que le convenía más trasladarse al RAIS,

bajo un acoso sistemático, ofreciéndole beneficios superiores a los que podría obtener con el I.S.S al momento de pensionarse y que podía obtener la pensión en el momento que ella decidiera sin importar su edad. (Expediente electrónico, PDF 015. subsanación demanda).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 019. notificación a.n.d.j.e.); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. Presentó contestación a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando que la parte demandante no probó causal alguna de que la afiliación a la AFP privada es nula, teniendo en cuenta que la misma cumple con los presupuestos legales para su existencia y que no infringe la norma, por lo cual no procede la declaratoria de nulidad, y por tanto no puede haber regreso automático al RPM. En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó 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. (Expediente electrónico, PDF 022. SUBSANACIÓN Contestación de la Demanda).

3.2. AFP Porvenir S.A. Al dar respuesta a la demanda se opuso a la totalidad de las pretensiones aduciendo que el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante es completamente válido, por cuanto le brindó la información pertinente y necesaria. Recordó que solo hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, las administradoras de fondos de pensiones adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general. Indicó que la actora pretende imponer una carga adicional que para la fecha del traslado entre regímenes no estaba a cargo de las AFP. Aclaró que aquella suscribió de manera libre, espontánea y completamente informada el traslado, toda vez que recibió asesoría verbal, amplia y suficiente.

Como excepciones propuso las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa, inexistencia de la obligación y buena fe. (Expediente digital, PDF 017. CONTESTACIÓN PORVENIR).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 3 de febrero de 2022, en la que la falladora de primera instancia declaró la nulidad del traslado y, en consecuencia, condenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de sumas de dinero que recibió de la demandante por concepto de aportes, junto con sus rendimientos y frutos civiles, sin que sea posible descontar suma alguna de dinero por concepto de gastos de administración y seguros, entre otros. Ordenó a Colpensiones a recibir a la actora en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como si nunca se hubiese trasladado de régimen y, por último, gravó en costas a la AFP demandada. (14:50)

Para arribar a tal decisión señaló, luego de citar el referente normativo aplicable al caso en concreto, así como la línea jurisprudencial que sobre el tema ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte, que al revisar el escrito de la demanda evidenciaba que la actora realizó negaciones indefinidas, en donde se le imputa al fondo de pensiones incumplimiento en su deber de información, de tal forma que, conforme al principio de la carga de la prueba, debe ser desvirtuada por aquél. Así, al revisar los medios de convicción allegados al plenario, refirió que no existe elemento alguno tendiente acreditar el

cumplimiento del deber de información, entre tanto, en manera alguna la demandante confesó que la demandada había suministrado información relevante, debiéndose por tanto declarar probada la nulidad solicitada. (Expediente electrónico, audio 037. Audiencia proceso ordinario 11001310503120210012300-20220203_163831-Grabación de la reunión).

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

5.1. Colpensiones. Recurrió la decisión proferida manifestando que la demandante no le asiste el derecho de trasladarse al régimen de prima media, en consideración a las prerrogativas del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, además, porque dentro del interrogatorio de parte no se observa vicios del consentimiento que permitan definir que su afiliación al RAIS presta mérito para declarar la nulidad. Expuso que, frente a las respuestas dadas por la actora, se evidencia el cumplimiento del deber de información al momento de la suscripción del traslado, máxime cuando al margen del tiempo que se encontró plenamente vinculado al RAIS ha dejado una señal nítida y clara de su intención de permanecer bajo la cobertura de ese sistema. (Expediente electrónico, audio 037. Audiencia proceso ordinario 11001310503120210012300-20220203_163831-Grabación de la reunión).

5.2. AFP Porvenir S.A. En su alzada esgrimió que la actora suscribió formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, sin ningún tipo de coacción, y después de haber recibido información de manera verbal por parte de uno de los asesores comerciales de Colpatria en su momento, por medio de una reunión grupal en la cual se le informaron circunstancias particulares del régimen pensional de ahorro individual, como lo es la posibilidad de tener una pensión anticipada, una mejor mesada, así mismo, la viabilidad de los aportes. Refirió que para la fecha de vinculación no estaba en vigencia el deber del buen consejo, por ende, para ese momento no era exigible la obligación de realizar un comparativo entre regímenes pensionales ni generar algún tipo de evidencia escrita frente a lo mismo, de manera que el formulario de afiliación, al ser aprobado por la Superintendencia Bancaria, generó una confianza legítima frente a la forma como se estaba realizando traslados y vinculaciones.

Agregó que la actora ha permanecido durante más de 20 años en el régimen de ahorro individual, sin manifestar inconformidad frente a la administración de su cuenta, en tanto, que su inconformidad se presenta por un tema de expectativas pensionales, pues ve que su mesada pensional no cumple con lo que esperaba, aspecto que no es óbice para declarar la nulidad de su afiliación. Señaló que en el plenario no se probó ninguna de las causales de nulidad como es el error, fuerza y dolo, dado que la actora suscribió de manera libre el formulario de afiliación. (Expediente electrónico, audio 037. Audiencia proceso ordinario 11001310503120210012300-20220203_163831-Grabación de la reunión).

6. Alegatos de conclusión. La demandada **Colpensiones** alegó en su favor aduciendo que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y AFP Porvenir S.A., es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Colpensiones, se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal**: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021, por ende habrá de modificarse la decisión para en su lugar declarar la ineficacia del traslado.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora Nidia Uverly León Londoño, se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 14 de marzo de 1986, con cotizaciones hasta el 31 de diciembre de 1995, conforme aparece en la historia laboral expedida por la misma (Expediente electrónico, PDF GRP-SCH-HL-66554443332211_2010-20210618081721); que suscribió formulario de afiliación con el Fondo de Pensiones Colpatria hoy AFP Porvenir S.A. el 6 de febrero de 1996 (Expediente digital, PDF 017. CONTESTACIÓN PORVENIR, pág. 24), donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP y no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal

b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar a la afiliada en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996- la CSJ ha señalado que las AFP debía hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de las AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema, no siendo factible colegirlo del interrogatorio de parte que se surtió a la demandante, entre tanto, aquella se limitó al aducir alguna de las características del régimen de ahorro individual, pero no confesó que recibió información en los términos indicados, como mal lo atribuye la censura.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las

obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que es equívoca la postura de la AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se le debe indicar a las demandadas respecto a su argumento dirigido a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la actora haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información, por lo que se despachará negativamente el motivo de alzada en este punto.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume, de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que

reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (CSJ SL 2208-2021).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, de manera indexada, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 3321 del 26 de junio del 2021.

De otro lado, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: *"...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces"* (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria a la demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y demás conceptos es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Ahora, teniendo en cuenta que en la parte resolutive del fallo proferido en primera instancia no se condenó a la AFP Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones las sumas descontadas por concepto de comisiones y porcentajes destinado a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, se adicionará el fallo apelado en tal sentido. Así mismo, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por el A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 3321 del 26 de junio del 2021. Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible, por lo que este punto de alzada se despachará negativamente.

Costas

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A., por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados. Las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del 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 1º de la sentencia proferida el 3 de febrero de 2022 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará de la siguiente manera:

"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado del RPMPD al RAIS efectuada por la señora NIDIA UVERLY LEÓN LONDOÑO a través de COLPATRIA, hoy AFP PORVENIR S.A."

SEGUNDO: ADICIONAR al numeral segundo de la sentencia consultada y apelada, y, en consecuencia, **ORDENAR a AFP PORVENIR S.A.** devolver a Colpensiones las comisiones y el porcentaje destinado a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la actora, ordenando que dichos conceptos, así como los demás ordenados por el A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

TERCERO: CONDENAR en COSTAS en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de AFP Porvenir S.A. y Colpensiones. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

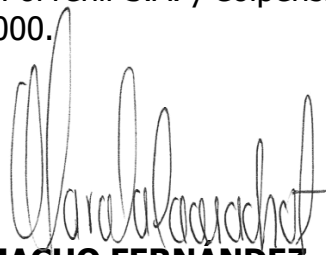


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de cada una de las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: WILLY GUILLERMO MARTÍNEZ PEÑA
Demandada: COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.
Radicado No.: 17-2020-00046-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – ADICIONA.

Bogotá D.C., veintidós (22) de junio del dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. **ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES**, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Willy Guillermo Martínez Peña instauró demanda ordinaria contra AFP Porvenir S.A., Colpensiones y AFP Protección S.A., con el propósito de que se declare la nulidad de la afiliación realizada el 26 de mayo de 1997, ante la omisión del primero de los citados demandados del deber de información. En consecuencia, pidió que se condene a los fondos de pensiones privados a restituir a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de la vinculación, como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubiere causado. Solicitó se ordene al ente público enjuiciado a que reciba los valores obtenidos mientras estuvo vinculado en el RAIS y a contabilizar para efectos de pensión, las semanas cotizadas en tal régimen. Así mismo, pretendió el pago de perjuicios morales ocasionados debido a la omisión de información; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso. Como pretensión subsidiaria solicitó que se declare la ineficacia e inoperancia de los efectos del traslado a la AFP Porvenir S.A. con fecha de efectividad 26 de mayo de 1997 y posteriormente a AFP Protección S.A., realizada en el mes de julio de 2007, al no poderse predicar la existencia de consentimiento libre, voluntario e informado.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 31 de julio de 1959 y estuvo afiliado al Régimen Prima media con Prestación Definida, posteriormente, se trasladó a la AFP Porvenir S.A. el 16 de mayo de 1997, quien no tuvo autorización o consentimiento informado, para proceder con el traslado. Indicó que estando afiliado a la citada sociedad, en el mes de julio de 2007 fue traslado a la AFP Protección S.A. Refirió que no fue asesorado o informado de manera transparente, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las diferencias entre uno u otro régimen de pensiones, las prestaciones económicas, beneficios, riesgos, desventajas o inconvenientes y en general las implicaciones sobre su derecho pensional

que debía tener en cuenta al momento de tomar la decisión. (Expediente digital, PDF 2022-046 CON SENTENCIA, págs. 1 a 24)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF 2022-046 CON SENTENCIA, pág. 113); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En su respuesta se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que no se allegó al plenario prueba alguna que permita establecer la existencia de causales de nulidad y/o ineficacia, que permitan invalidar el acto jurídico de traslado, que libremente realizó el demandante ante la AFP Porvenir S.A. Refirió que el traslado de régimen pensional fue de manera libre y voluntaria por parte del actor, quien no puede invalidar las consecuencias de sus decisiones alegando omisiones que no se configuraron en la antesala de la afiliación para lograr la ineficacia de sus actuaciones, por lo tanto no debe trasladarse en contenido de su cuenta de ahorro individual ante Colpensiones. En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe y genérica. (Expediente digital, PDF 2022-046 CON SENTENCIA, págs. 117 a 130)

3.2. AFP Porvenir S.A. Al dar contestación del libelo introductor se opuso a la totalidad de las pretensiones esgrimiendo que la afiliación de la parte actora en el año 1997, fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación documento público en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el 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 CPT. Indicó que no es procedente declarar la nulidad del traslado realizado en mayo de 1997, por cuanto la decisión de suscribir el formulario de afiliación fue libre, voluntaria y espontánea, toda vez que se le realizó la respectiva asesoría, en la cual se le informó de manera clara, precisa y veraz, las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, como las implicaciones de su decisión y el estudio individual de su afiliación de manera que no existieron vicios en el consentimiento.

Refirió que tampoco procede la ineficacia de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, por cuanto señala que la afiliación quedará sin efecto cuando medien actos atentatorios contra el derecho de afiliación al Sistema de Seguridad Social o que impidan dicho derecho, es decir, se refiere dicha ineficacia a situaciones o actuaciones dolosas, la cuales ni se alegan ni se acreditan en esta demanda respecto de la afiliación de la parte demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad del sistema de seguridad social en pensiones. Formuló las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica. (Expediente digital, PDF 2022-046 CON SENTENCIA, págs. 308 a 336)

3.3. AFP Protección S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a las pretensiones del libelo genitor aduciendo que no existe vicio del consentimiento en la afiliación que conlleve a la nulidad, ni ninguna causal de ineficacia. Refirió que los aportes, los títulos y/o bonos pensionales y los rendimientos causados que se encuentran acreditados en la cuenta de ahorro individual harán parte del capital para financiar la prestación económica que se genere en el Régimen de Ahorro Individual al cual se encuentra válidamente afiliado y del que no puede trasladarse, ya que se encuentra dentro de la limitante de los últimos diez años para el cumplimiento de la edad de pensión establecido en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que fuera modificado por el artículo 2 de la ley 797 de 2003.

En su defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, 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, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP y genérica. (Expediente digital, PDF 2022-046 CON SENTENCIA, págs. 210 a 235)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 27 de abril de 2022, en la que el fallador de primera instancia declaró que el traslado al RAIS administrado por AFP Porvenir S.A., fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos; declaró que el actor se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones. Ordenó a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual del demandante en esa entidad, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, traslado de dineros que hubiese efectuado la otra AFP, todo con sus frutos y rendimientos, tal y como lo dispone el Artículo 1746 del Código Civil, advirtiéndole a esa entidad que deberá devolver también, los gastos de administración, los cuales deberán ser asumidos de su propio patrimonio. Condenó a la AFP Porvenir S.A. a devolver los gastos de administración que en su momento descontó de la cuenta del demandante y asumirlos de su propio patrimonio. Ordenó a Colpensiones a recibir ese traslado de fondos que efectúen a favor del demandante, y convalidarlos en la historia laboral, para los efectos de las semanas a que haya lugar. Gravó en costas a las demandadas.

Para arribar a tal decisión tuvo como problema jurídico a dilucidar si al momento del traslado inicial al demandante se le brindó por parte del asesor de AFP Porvenir S.A. información clara y suficiente, para ilustrar acerca de las condiciones y funcionamiento del RAIS. Con tal propósito, citó la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, así mismo, hizo alusión a los medios probatorios, para significar que la información dada en el formulario de afiliación es de carácter general, sin, que pueda establecer que el representante de la AFP Porvenir S.A. se preocupó por cumplir el deber de brindar información clara y suficiente que le permitiera al futuro afiliado conocer las condiciones y características de ese régimen pensional, así como las desventajas e incidencia en su derecho pensional.

Concluyó que la labor del asesor tuvo como propósito principal atraer al afiliado del entonces ISS, para fortalecer la nómina de afiliados al RAIS, resaltando, que estaba en cabeza de cada uno de los fondos analizar la situación individual del futuro afiliado, explicación que debía comprender no sólo el funcionamiento general de cada uno de los regímenes, sino, la regulación propia de cada uno, tal como lo señaló la Sala de Casación de la CSJ en sentencia SL-749 de 2021, debiéndose por tanto acceder a la ineficacia del traslado solicitado por la parte actora. (Expediente electrónico, audio AUD. ORD. 11001310501720200004600 ARTS. 77 Y 80 CPTSS_20220427_212725)

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

5.1. Colpensiones. Recurrió la decisión proferida manifestando que es un tercero de buena fe, por tanto, no hay lugar a la condena en costas. (Expediente electrónico, audio AUD. ORD. 11001310501720200004600 ARTS. 77 Y 80 CPTSS_20220427_212725)

5.2. AFP Porvenir S.A. En su alzada esgrimió que brindó información completa, clara y comprensible, sin embargo, no tiene un documento adicional al formulario de afiliación y a las pruebas que se tomaron dentro del interrogatorio de parte, además, al hecho de que el demandante haya permitido descuentos con destino al fondo privado, que nunca

haya generado ningún tipo de queja o reclamo por falta de información y que haya convalidado su deseo de permanecer al RAIS, vinculándose no solo a la AFP Porvenir S.A., sino, su traslado horizontal a la AFP ING hoy Protección.

Refirió que el actor se encuentra inmerso dentro de la prohibición legal que establece la Ley 797 de 2003, por lo tanto, no es dable que aquel se excuse en una supuesta falta de información únicamente porque su plan de pensión no resultó acorde a sus aspiraciones, pues así quedó confeso en el interrogatorio de parte. En cuanto a las condenas, expuso que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 indica que también en el Régimen de Prima Media se debe destinar un 3% de cotización a financiar gastos de administración y a pensión de invalidez y sobrevivencia, gastos que no forman parte de la pensión de vejez, pues, no es un emolumento que le corresponda al afiliado. Agregó que, por su naturaleza, los mismos están afectados de prescripción, ya que son dineros que se cobran como contraprestación a la buena labor que generó, por la misma razón su retorno se configuraría un enriquecimiento sin causa. (Expediente electrónico, audio AUD. ORD. 11001310501720200004600 ARTS. 77 Y 80 CPTSS_20220427_212725)

5.3. AFP Protección S.A. Dijo, como fundamento de su recurso de apelación que durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a la AFP, esta realizó una excelente gestión de administración de su cuenta de ahorro individual, evidenciándose en los altos rendimientos generados, por lo que ordenar trasladar esas cuotas de administración y seguros provisional sería desconocer la gestión, las restituciones mutuas y se estaría generando un enriquecimiento sin causa para Colpensiones, entidad que no manejo la cuenta. Recordó que estos descuentos son autorizados por la Ley, los cuales se realizan en igual proporción al régimen de prima media y tienen una naturaleza diferente a la pensión. (Expediente electrónico, audio AUD. ORD. 11001310501720200004600 ARTS. 77 Y 80 CPTSS_20220427_212725)

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Colpensiones. Alegó en su favor aduciendo que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante y AFP Protección S.A., es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual.

6.1. AFP Porvenir S.A. Refirió que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz.

Indicó que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa administrativa impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss. conduce a que este acto goce de plena validez.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las demandadas se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal**: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de la afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que Willy Guillermo Martínez Peña, se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 1 de agosto de 1984, con cotizaciones hasta el 31 de mayo de 1997, conforme aparece en la historia laboral expedida por dicha entidad (Expediente digital, PDF 2022-046 CON SENTENCIA, págs. 193 a 197). Así mismo, se tiene que suscribió formulario de afiliación con AFP Porvenir S.A. el 26 de mayo de 1997 (Expediente digital, PDF 2022-046 CON SENTENCIA, pág. 90) Y que con posterioridad se trasladó a ING hoy AFP Protección S.A. el 30 de mayo de 2003 (Expediente digital, PDF 2022-046 CON SENTENCIA, pág. 268), donde se encuentra actualmente, hecho que no fue controvertido por las partes.

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en las AFPs y no en el actor, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P.; en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993; y en tercer lugar, porque el literal b) del art

11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1997- la CSJ ha señalado que las AFPs debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de las AFPs codemandadas, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al actor acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema, no siendo factible colegirlo del interrogatorio de parte que se surtió al demandante, entre tanto, aquél se limitó al aducir alguna de las características del régimen de ahorro individual, pero no confesó que recibió información en los términos indicados, como mal lo atribuye la censura.

Igualmente, la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)"*.

Adicionalmente es necesario señalar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, las AFPs sí estaban en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica.

Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sanea la ineficacia generada por la falta de información

En este punto, cabe resaltar lo adocetrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: "**la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen**".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues aunque el actor se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP Porvenir S.A. en el año 1997, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Ahora bien, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFPs los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, como mal lo aduce la censura, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos.

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFPs privadas están obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

(...) Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de AFP Porvenir S.A. y AFP Protección

S.A. (durante el tiempo de permanencia del actor en cada AFP), con destino a Colpensiones.

De tal manera, no resulta atendible lo afirmado por las AFPs demandadas, pues es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

De otro lado, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandados fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y demás conceptos es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFPs del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de gastos de administración, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a Colpensiones las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar este valor durante la afiliación.

Ahora, teniendo en cuenta que en la parte resolutive del fallo proferido en primera instancia no se condenó a las AFPs a transferir a Colpensiones las sumas descontadas por concepto de comisión, rendimientos y porcentajes destinado a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, se adicionará el fallo apelado en tal sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por el A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 3321 del 26 de junio del 2021.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

Excepción de prescripción

La acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

Costas en primera instancia a cargo de Colpensiones

Frente a las costas, el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, de manera que es procedente imponer costas de primera instancia en contra Colpensiones, tal y como lo señaló el *a quo*, no siendo procedente su revocatoria como lo pretende su apoderado en el recurso de apelación y menos aun cuando se opuso a todas las pretensiones de la demanda, como se puede observar de su contestación.

Costas

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de AFP Protección y AFP Porvenir S.A., por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados. Sin condena en costas en esta instancia a cargo de Colpensiones.

DECISIÓN

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

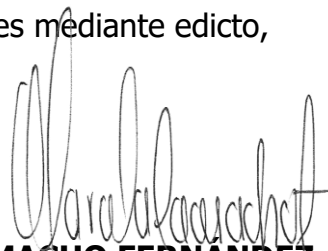
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR los numerales cuarto y quinto de la sentencia proferida el 11 de agosto del 2021, por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.** y **AFP PROTECCIÓN S.A.** devolver a Colpensiones comisiones, rendimientos, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual del actor, ordenando que dichos conceptos, así como los demás ordenados por el A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia en mención, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de AFP Porvenir S.A. y AFP Protección. Sin condena en costas en esta instancia a cargo de Colpensiones.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

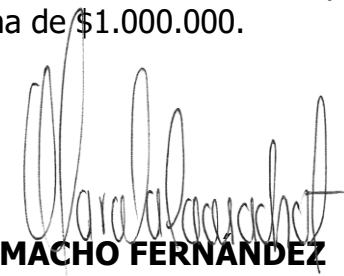


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de cada una de las demandadas AFP Porvenir S.A. y AFP Protección, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: GONZALO DE JESÚS JIMÉNEZ PINEDA
Demandada: COLPENSIONES
Radicación: 30-2020-00313-01
Tema: APELACIÓN SENTENCIA - MESADA 14- CONFIRMA

Bogotá D.C., veintidós (22) de junio del dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Gonzalo de Jesús Jiménez Pineda, instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, con el propósito de que declare que tiene derecho a la mesada 14, conforme a lo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, toda vez que al momento en que causó el derecho por edad y semanas, esto es, 19 de abril de 2010, la pensión arrojaba menos de 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes. En consecuencia, pidió que se dispusiera a su favor el pago de la citada mesada, intereses de mora, indexación, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el 10 de noviembre de 2014, mediante Resolución GNR 392196, le fue reconocida la pensión de vejez con el IBL de los últimos 10 años, en cuantía de \$1.601.435, efectiva a partir del 2 de octubre de 2013, aplicando para el reconocimiento la Ley 33 de 1985. Refirió que en virtud de la solicitud que hizo de reliquidación de la prestación económica, mediante Resolución SUB 282224 se accedió a la misma, cuyo valor de mesada al 1 de noviembre de 2019, correspondió a \$2.210.358, decisión que fue confirmada mediante acto administrativo DPE 273 del 8 de enero de 2020. Dijo que en Resolución SUB 49527 del 21 de febrero de 2020, se ordenó el reintegro de \$1'665,047, por concepto de mesada la mesada 14 en junio de 2019 a favor de Colpensiones, decisión frente a la cual interpuso recurso de apelación, toda vez que tiene derecho a la mesada 14. (Expediente electrónico, PDF 01. DEMANDA Y ANEXOS, págs. 2 a 6)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestación de la demanda. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que los actos administrativos expedidos a favor de la parte actora se encuentran ajustados en derecho, pues el Acto Legislativo 001 de 2005, inciso 8 y parágrafo transitorio No. 6, prohíbe que el actor sea beneficiario de la mesada 14, dado al valor de su mesada pensional. En su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, pago de lo no

debido, prescripción y caducidad parcial y/o total sobre mesadas pensionales y otros, buena fe y genérica. (Expediente electrónico, PDF 05. CONTESTACION COLPENSIONES)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 18 de abril del 2022, en la que el fallador declaró probada la excepción de cobro de lo no debido y, en consecuencia, absolvió a la encartada de las pretensiones incoadas en su contra, gravando en costas al actor.

Para los fines que interesan al recurso de apelación indicó que debía proponerse verificar, entre otras cosas, si hay lugar al reconocimiento y pago de la mesada 14 junto con el correspondiente retroactivo causado desde el momento en que se suspendió su pago. Con tal propósito, señaló que estaba demostrado que el actor nació el 19 de abril de 1955, cumpliendo 55 años en el mismo día y mes del año 2010; que cotizó 1.773 semanas, además, que mediante Resolución GNR 392196 de 2014 le fue reconocida pensión de vejez al amparo de la Ley 33 de 1985, con una mesada inicial de \$1.601.435, a partir del 2 de octubre de 2013, la cual fue reliquidada mediante Resolución SUB 282224 del 15 de octubre de 2019 en cuantía \$2.210.358, para el 1 de noviembre de 2019, misma que fue confirmada por la Resolución DPE 273 del 8 de enero de 2020.

En esa medida, sostuvo que Colpensiones venía reconociendo la mesada 14 desde la fecha de efectividad, esto es, 2 de octubre de 2013, no obstante, a raíz de una solicitud de reliquidación realizada por el mismo demandante, la enjuiciada en el año 2019 concedió la reliquidación pedida y, por ende, al deflactar la nueva mesada pensional a la fecha del estatus pensional, está superó los 3 salarios mínimos mensuales legales vigentes, de ahí que Colpensiones suspenda la mesada adicional. Luego de hacer alusión al artículo 142 de la Ley 100 de 1993, así como a la sentencia C-409 de 1994, indicó que la mesada 14 se vio limitada con el Acto Legislativo 001 de 2005, es decir, se vio suprimida para los pensionados cuyo derecho a la pensión se causó hasta 31 de julio de 2010 y *"para quienes recibieron una pensión inferior a 3 salarios mínimos las se causaren con posterioridad"* a dicha calenda.

Citó los actos administrativos expedidos por Colpensiones, para significar que la pensión se reconoció a partir del 2 de octubre de 2013, de manera que, si bien el estatus pensional lo alcanzó el 19 de abril de 2010, la *"causación"* se produjo una vez se retiró del servicio o del régimen, razón por la cual al recibir una mesada de \$1.601.435, esa suma no excede los tres salarios mínimos para el año 2013. No obstante, refirió que la enjuiciada procedió a reliquidar la pensión de vejez y como consecuencia de ello, incrementó la mesada pensional a tal punto que sobrepasó los topes de los tres salarios mínimos mensuales vigentes, luego de deflactar la mesada al año 2010, no le asiste derecho a la mesada 14 al actor. (Expediente electrónico, audio 11. ADIENCIA

18-04-22 ART. 77 Y 80 CPTSS)

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, el **accionante** interpuso recurso de apelación señalando que es desatinado tomar la mesada del año 2019, ajustada, liquidada y deflactada al año 2010, cuando la norma no lo señala así; por el contrario, establece quienes tienen derecho a la mesada 14, la cual, debe ser aplicada de manera taxativa. Indicó que el Acto Legislativo 001 de 2005 establece que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aspecto distinto a la efectividad de la prestación económica, de allí que la mesada pensional se deba liquidar a la fecha en que se cause, esto es, al 19 de abril de 2010 y, por ende, es a partir de ahí que se debe establecer si tiene derecho o no a la mesada pensional adicional.

Refirió que al liquidar la prestación económica al año 2010, esta se encuentra por debajo de los 3 salarios mínimos mensuales legales vigentes, lo que da lugar a la mesada 14. Aludió a que se debe aplicar el principio de favorabilidad, para efectos de tomar lo que dice la norma, respecto de la fecha en que se causó el derecho y no a una posterior. (Expediente electrónico, audio 11. ADIENCIA 18-04-22 ART. 77 Y 80 CPTSS)

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que se probó que el derecho a la pensión se causó el 19 de abril de 2010, data para la cual cumplió los 55 años y el tiempo de servicio para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de acuerdo con el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y Ley 33 de 1985. Expuso que para determinar si le asiste o no el derecho a la mesada adicional, se debe recordar el alcance de la norma y confirmar cuándo se causó el derecho pensional, de tal manera que la pensión a la fecha de causación fue inferior a los 3 SMLMV del año 2010.

6.2. Colpensiones. En sus alegaciones refirió que no le asiste derecho a la mesada 14 deprecada por el actor, en tanto que, pese a que cumplió con los requisitos para acceder a la pensión de vejez con anterioridad al 31 de Julio de 2011, esto es, el 19 de abril de 2010, la mesada reliquidada resulta mayor a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por el demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuestos por el recurrente.

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer: ¿Al demandante le asiste derecho al pago de la mesada 14, o por el contrario su derecho se vio afectado como consecuencia de la aplicación del Acto Legislativo 01 de 2005?

Mesada adicional de junio

Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, lo primero que se debe anotar es que en el presente proceso no se discute que el demandante nació el 19 de abril de 1955 y es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Tampoco, que el derecho pensional se concedió a la luz de la Ley 33 de 1985, con 1.783 semanas y 59 años, que se advirtieron satisfechos al 19 de abril de 2010, pero con fecha de efectividad el 2 de octubre de 2013, cuya cuantía inicial correspondió a la suma de \$1.601.503, según se evidencia de la Resolución GNR 392196 del 10 de noviembre de 2014, que revocó el acto administrativo GNR 261406 del 16 de julio de 2014. Tampoco que en virtud de la solicitud de reliquidación pensional que hizo el actor a Colpensiones, se ordenó reliquidar la pensión de vejez a través de Resolución GNR 282224 del 19 de octubre de 2019, misma que dispuso como mesada pensional al 1 de noviembre de 2019, la suma de \$2.210.358. (Expediente electrónico, Carpeta 06.

EXPEDIENTE ADTIVO COLPENSIONES)

Así las cosas, la discusión conforme la plantea el actor radica en que, pese a que venía disfrutando de la mesada catorce, le fue suspendida la misma sin tener en cuenta Colpensiones que para la fecha de causación de la pensión de vejez, su mesada

pensional no superó 3 salarios mínimos mensuales vigentes, en términos del parágrafo 6° del artículo 1° del Acto Legislativo 001 de 2005.

Acorde con la situación planteada, es necesario precisar que, por virtud del artículo 142 de la Ley 100 de 1993, a todos los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del 1° de enero de 1988, se les concedió el derecho al pago de 30 días de la pensión que le correspondía a cada uno de ellos por el régimen respectivo, la cual se cancela con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

No obstante, ha de decirse que conforme a la sentencia C-409-1994 la mesada catorce es procedente para todos los pensionados, con independencia de que la prestación haya sido causada después del 1° de enero de 1988.

Ahora bien, por virtud del Acto Legislativo 001 del 2005, las personas cuyo derecho a la pensión se **cause** a partir de la vigencia de dicha reforma constitucional, no podrán recibir más de 13 mesadas pensionales al año, excepto para quienes perciban una pensión igual o inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la misma se **cause** antes del 31 de julio del 2011, pues en este caso dichas personas tendrán derecho a 14 mesadas al año.

En consecuencia, para determinar si en efecto, la reforma constitucional del año 2005 tuvo la virtud de afectar el derecho del demandante a percibir la mesada catorce, es necesario determinar cuándo se **causó** su derecho a la pensión por vejez, recabando que el inciso octavo de dicho acto legislativo precisó que ello ocurre cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, es decir, con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como la demás condiciones que señale la ley.

Bajo ese contexto se dejó sentado en precedencia que, por efectos del régimen de transición al demandante se le definió su derecho conforme a la Ley 33 de 1985 que exige el cumplimiento de 20 años continuos o discontinuos y 55 años de edad, mismos que se acreditaron satisfechos el 19 de abril de 2010, fecha para la cual ya acredita el tiempo de servicios, no obstante, de que su disfrute fuese a partir del 2 de octubre de 2013.

De lo anterior es claro que, si bien el derecho pensional del convocante se causó antes del 31 de julio del 2011, lo cierto es que el valor de su mesada pensional para el año 2010 correspondió a la suma de **\$1.650.020.58**, dado el deflacte¹ realizado a la mesada pensional que le fue reconocida por Colpensiones mediante Resolución GNR 282224 del 19 de octubre de 2019, esto es, la suma de **\$2.210.358**, cuantía que como se dijo no fue objeto de reparo por el actor en el recurso de apelación en tanto que tampoco lo hizo en la demanda.

Año	Variación Año Corrido	Mesada Pensional deflactada
2010	2,00	\$ 1.650.020,58
2011	3,17	\$ 1.683.050,82
2012	3,73	\$ 1.736.424,10
2013	2,44	\$ 1.801.119,56
2014	1,94	\$ 1.844.983,04

¹ Real Academia Española, pág. Web: <https://dle.rae.es/deflactar>

2016	6,77	\$	1.880.735,40
2017	5,75	\$	2.008.044,05
2018	4,09	\$	2.123.506,58
2019	6,00	\$	2.210.358,00

Así, el valor de \$1.650.020 suma que debió reconocer Colpensiones como mesada pensional a la fecha de **causación** de la pensión de vejez, supera los 3 SMLMV de la época, esto es, \$1.545.000, considerando que el salario mínimo para dicha anualidad equivale a \$515.000, por manera que, no procede el reconocimiento de la mesada 14 a su favor, conforme a los términos del Acto Legislativo 001 del 2005.

Por consiguiente, no fue desatinada la conclusión que llegó el Juez primigenio al considerar que el actor no tenía derecho a la mesada reclamada, en tanto que no quedó duda alguna que la pensión reconocida al aquí actor se causó en vigencia del Acto reformatorio y que la misma, aunque concedida antes del 31 de julio de 2011, superó los 3 salarios mínimos mensuales vigentes para esa época, de allí que fuese necesario para Colpensiones suspender su pago, en virtud de la reliquidación que efectuó mediante Resolución GNR 282224 del 19 de octubre de 2019.

En esa perspectiva, no podía entonces Colpensiones incurrir en error y continuar pagando la mesada pensional adicional al actor, como lo pretende el recurrente, entre otras cosas, porque de conservarlo, no sólo continuaría enriqueciendo sin justa causa el extremo activo de esta acción, sino, porque de mantenerse atentaría contra el principio de sostenibilidad financiera que rige en el Sistema General de Seguridad Social Integral.

Por la misma razón evidencia la Sala que también desacierta la censura al ligar tal supuesto, con el principio de favorabilidad, para así sostener que, como en este caso existe conflicto o duda sobre la aplicación de esta, prevalece la más favorable al pensionado. Al efecto, es pertinente poner de presente que, si bien el principio de favorabilidad se traduce que, ante diferentes interpretaciones lógicamente posibles y razonablemente aplicables al caso, se escogerá la que produzca los efectos más favorables al trabajador, o que conduzca a resultados exitosos en su causa, lo cierto es que no es posible concluir, como lo sugiere la censura, que exista duda en la aplicación e interpretación jurídica sobre los efectos de la norma que regula mesada pensional, pues no evidencia la Sala que el acto reformatorio admita varias interpretaciones distintas.

El anterior razonamiento se deriva en esencia de que el Acto Legislativo 001 de 2005 determina claramente los pensionados que no continuarán recibiendo la mesada 14, esto es, (i) las personas que causaron su pensión a partir de la entrada en vigor del acto reformatorio en cuantía superior a 3 salarios mínimos; (ii) las personas que causen el derecho a la pensión después de 31 de julio de 2011; además, determinó quienes continuarán percibiendo la mesada adicional, esto es, (i) aquellos que al momento de entrar en vigor el acto legislativo se encontraban pensionados; (ii) las personas que causarán el derecho a recibir la pensión antes del 31 de julio de 2011, bajo la condición que sus mesadas pensionales fueran iguales o inferiores a 3 salarios mínimos mensuales vigentes; y (iii) las personas que aún no se hubieren pensionado pero que causaron su derecho a la pensión antes de la entrada en vigor del acto legislativo.

Luego el actor al estar dentro de la primera hipótesis de las mencionadas para no recibir este beneficio, conforme se ha venido diciendo, aspecto que a simple vista no presenta ninguna duda, deja al descubierto lo desatinado de la censura al invocar el

aludido principio; que en todo caso tampoco puede servir so pretexto para obligar al subsistema de seguridad social en pensiones reconocer la mesada 14, sin el cumplimiento de los requisitos normativos previstos para ese mismo fin por el legislador.

Planteadas, así las cosas, habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia.

Costas

Sin costas en esta instancia. Las de primera se confirman.

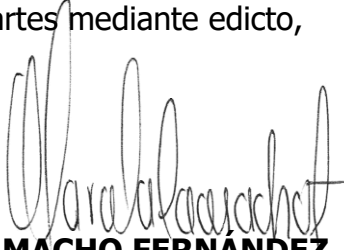
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de abril del 2022, por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: ÓSCAR EDUARDO AYA MÉNDEZ
Demandada: CONSTRUCCIONES HID S.A.S.
Radicado No.: 05-2019-00407-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO – APELACIÓN DEMANDADA- CONFIRMA

Bogotá D.C., veintidós (22) de junio del dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Óscar Eduardo Aya Méndez instauró demanda ordinaria contra Construcciones HID S.A.S., con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 12 de enero de 2016 al 31 de octubre de 2018, sin solución de continuidad, el cual terminó en forma unilateral por la sociedad demandada. En consecuencia, pidió que se disponga a su favor el pago del auxilio de cesantía y sus intereses, vacaciones, primas de servicios, aportes al subsistema de seguridad social en pensiones, indemnización moratoria, sanción por la no consignación de cesantías, indemnización por despido sin justa causa, indexación y lo que resulte probado ultra y extra petita.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que se vinculó a la demandada mediante un contrato de obra o labor contratada el 12 de enero de 2016 al 31 de octubre de 2018, percibiendo como salario la suma de \$781.242 al momento del retiro unilateral y sin justa causa efectuado por el empleador. Refirió que cumplía funciones de acuerdo con el objeto social de la empresa, además, que estuvo sometido a las directrices establecidas por ésta, debiendo cumplir un horario de trabajo. Sostuvo que la convocada a juicio no pagó prestaciones sociales y demás conceptos atrás enunciados.

(expediente electrónico, PDF 003. 12.06.2019 DEMANDA Y ANEXOS, págs. 6 a 15).

2. Contestación de demanda. Al contestar la demanda, a través de Curador Ad Litem, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de ésta, indicando que el contrato de trabajo celebrado entre las partes lo fue por obra o labor contratada, el cual tuvo duración hasta el 16 de febrero de 2018 y no culminó de manera unilateral por el empleador. En lo que respecta a las situaciones fácticas señaló ser cierto los hechos 1º, 4º, 15.15. y 15.16 relacionados con la existencia de la relación laboral, la solución sin continuidad de esta y la no cancelación de las indemnizaciones moratorias, considerando frente a estas últimas que no son una sanción automática que deba cancelar el empleador. Frente a los demás señaló no ser ciertos o no constarle y en su defensa propuso las excepciones que denominó cobro de lo no debido y falta de causa petendi, prescripción, buena fe y genérica. (expediente electrónico, PDF 013. 02.02.2022 CONTESTACIÓN CURADOR).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 1 de marzo de 2022, en la que el fallador condenó a la encartada a reconocer y pagar cesantía y sus

intereses, prima de servicios, compensación de vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria y costas del proceso.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, en primer término, indicó que debía proponerse verificar la existencia de la relación laboral que aduce la parte demandante en el escrito de demanda y si en efecto se deben acreencias laborales derivadas de esta. Con tal propósito, indicó que quedó acreditada la celebración de tres contratos de trabajo por obra o labor entre las partes, los cuales se produjeron entre el periodo enero 12 de 2016 a octubre 31 de 2018, de allí que refirió que debía entrar analizar si los citados nexos contractuales a su finalización quedaron satisfechos por la encartada. Así, señaló que, aunque la demandada alegó en su favor que los mismos fueron liquidados, allegando para tal efecto las cartas de su finalización y tres liquidaciones de prestaciones sociales, sostuvo que quedó demostrado que, al momento de la vinculación laboral del trabajador, el empleador le hizo suscribir en blanco tales documentos, con miras a desconocer derechos laborales del mismo.

Apuntó a que el estar probado dentro del juicio esa práctica con el trabajador y al observar los documentos que fueron allegados por el empleador, *"se nota claramente que no hay diferencia de caracteres, como hay superposición de los contenidos, la diferencia, entonces, se puede llegar a la conclusión lógica y razonable que efectivamente se incluyen valores con posterioridad a la firma; si ello es eso así, como alegar, como pretender sustentar y cómo pretender darle valor probatorio a un documento realizado y confeccionado de esa manera"*. En tal virtud, indicó que no podía tener por demostrado ningún pago a favor del trabajador correspondiente a los derechos laborales que se derivaron de esos tres contratos de obra o labor determinada.

En orden a decidir sobre la indemnización por despido sin justa causa pedida por el trabajador, el cognoscente de primer grado expuso que la finalización del contrato de trabajo estaba atada a la terminación de la obra para la que fue contratado, de manera que al verificar lo que dijo el representante legal de la demandada, sostuvo que la labor contratada finiquitó el 30 de junio de 2019, de allí que la citada indemnización corresponde a los salarios dejados de percibir desde el 31 de octubre de 2018 hasta la citada calenda. (Expediente electrónico, audio 020. 01.03.2022 Audiencias Art. 80 del CPTSS. Proceso Ordinario No. 11001 31 05 005 2019 00407 00-20220301_100459-Grabación de la reunión).

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión **la llamada a juicio** formuló recurso de apelación manifestando que erró el juez de primer grado al colegir que la fecha de finalización de la relación laboral fue en el año 2019, pues tal aspecto no es uniforme con los hechos y pretensiones formuladas en la demanda, ya que allí el actor establece que la terminación del nexo contractual lo fue el 31 de octubre del 2018 y no en el citado año. Por otro lado, refirió que canceló al demandante acreencias laborales, tal y como demuestra con los recibos de pago allegados al cartapacio. (expediente electrónico, audio 020. 01.03.2022 Audiencias Art. 80 del CPTSS. Proceso Ordinario No. 11001 31 05 005 2019 00407 00-20220301_100459-Grabación de la reunión).

5. Alegatos de conclusión

5.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que quedó acreditado el actuar de la sociedad demandada para con sus trabajadores, pues realizó una serie de artimañas elaboradas por el empleador con el fin de evadir los derechos de todos aquellos, conducta que es de mala fe, ya que más allá de evadir las prestaciones sociales, ponen de entrada al trabajador en un estado de incertidumbre, pues el hecho de firmar el contrato de trabajo y acto seguido una hoja con la terminación del mismo, pero sin fecha genera un estado de zozobra para con el trabajador que como siempre resulta siendo la parte más débil de la relación laboral.

5.2. Demandada. En su escrito de alegaciones refirió que se probó la existencia de 3 contratos de trabajo por obra o labor contratada, en consecuencia, se estableció que el actor consintió la firma anticipada de las preformas del contrato, terminación y liquidación de prestaciones sociales que se realizaron en oportunidad correspondiente, de no entenderse así, habría mala fe del actor al ser conocedor de la forma de contratación y haberlo consentido en 3 oportunidades, con tres contratos diferentes en el tiempo y en las actividades ejecutadas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- ✓ ¿Se equivocó el juez de primer grado al no tomar como extremo final de la relación laboral el 31 de octubre del 2018, en los términos solicitados en el libelo introductor?
- ✓ ¿El cognoscente de primer grado incurrió en un yerro al tener por no probado el pago de las acreencias laborales condenadas, pese a la existencia de documentales que evidencian que la demandada no le quedó adeudando suma alguna al actor?

Contrato de trabajo, extremo inicial, cargo y salario

Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones del Juez primigenio en torno a que entre la sociedad Construcciones HID S.A.S. y el accionante existieron tres contratos de trabajo vigentes, siendo el extremo inicial del primer vínculo el 12 de enero de 2016; tampoco hubo discusión respecto a la modalidad contractual celebrada, salario y cargo desempeñado. Puntos sobre los cuales, se reitera, no hubo reparo alguno.

Extremo final de la relación laboral

Sentado lo anterior, se recuerda, que el primer ataque contra la sentencia de primer grado propuesto por la apelante se encuentra orientado a que el extremo final de la relación laboral corresponde al 31 de octubre de 2018 y no el año 2019, como lo sostuvo el juez primigenio. Frente a ello, el cognoscente de primer grado destacó de los medios de convicción allegados al plenario, la acreditación de la existencia de tres contratos de trabajo por obra o labor contratada, que tuvieron lugar durante el periodo del 12 de enero de 2016 al 31 de octubre de 2018.

Bajo ese horizonte, desde ya advierte la Sala que no encuentra el error que le atribuye la censura, pues, contrario a lo dicho por la apelante, el A quo determinó que el extremo final de la última relación laboral tuvo lugar al 31 de octubre de 2018, así lo indicó en las consideraciones de la sentencia tras evidenciar de los medios de convicción que la fecha indicada corresponde al finiquito del nexo contractual que ató a las partes, aspecto que coincide con lo afirmado en la demanda y en el interrogatorio de parte que absolvió el actor, pues en ambos casos se sostuvo que sus labores las desempeñó a favor de la encartada hasta la citada calenda.

Y aunque es cierto que el juez de primer grado encontró como válido aplicar lo señalado por el representante legal en el interrogatorio de parte que le fuera practicado, para establecer el hito final que debía tenerse en cuenta a efectos de calcular la indemnización por despido sin justa causa, esto es, 30 de junio de 2019, no por ello debe decirse que dicha calenda corresponda al extremo final del nexo laboral que declaró aquel, entre otras cosas, porque esta data fue el límite que tuvo como cierto en orden de liquidar la citada indemnización en términos del artículo 64 del C.S.T.; punto frente al cual no hubo reproche alguno por la convocada a juicio, pues no sobra reiterar que su disertación se fundó exclusivamente respecto del supuesto error que se incurrió respecto al extremo final del vínculo laboral y no respecto a la data hasta la cual se debía liquidar la indemnización, por tanto, dejando incólume tal intelección.

De tal manera, la Sala no evidencia el error en que pudo incurrir el A quo al declarar el 31 de octubre de 2018 como hito final del nexo contractual que se celebró entre el señor Óscar Eduardo Aya Méndez y Construcciones HID S.A.S., de allí que al no observar el dislate que se le atribuye la censura, sumado a que aquella no planteó reproche alguno respecto de la forma en calculó la indemnización por despido sin justa causa, conlleva a la Sala mantener incólume la sentencia de primer grado en lo que hace a este punto de apelación.

Pago de acreencias laborales

En lo atinente a determinar si al momento del finiquito del vínculo laboral la encartada realizó el pago o no de prestaciones sociales y compensación de las vacaciones, pues considera el apelante que de haberse apreciado en debida forma los documentos allegados por la demandada, que daban cuenta de la liquidación de prestaciones sociales, el A quo habría podido colegir que la encartada no le quedó adeudando suma alguna por dichos conceptos.

Para resolver, se debe recordar que el juzgador de primer grado dedujo que se hallaba pendiente el pago de las citadas obligaciones causadas en vigencia de la relación laboral, pues si bien evidenciaba que el empleador arrimó las liquidaciones de los contratos de trabajo, consideró que la prueba documental no demostrada la solución de las mismas al trabajador, en razón a que encontró acreditado que las citadas probanzas fueron suscritas por el señor Óscar Eduardo Aya Méndez con anterioridad al inicio de la relación laboral.

Siendo así, en el proceso reposan documentos titulados "liquidación de prestaciones sociales" suscritos por el trabajador el 30 de diciembre de 2016, 29 de diciembre de 2017 y 31 de octubre de 2018, donde se anota que Óscar Eduardo Aya Méndez recibió valores correspondientes a la liquidación de acreencias laborales en cuantía de \$1.842.032, \$2.292.950 y \$1.887.804 respectivamente.

Visto lo anterior, las citadas probanzas documentales no tienen el alcance probatorio argüido por la censura, consistente en que hubo solución de prestaciones sociales y vacaciones en vigencia y al finiquito de las relaciones laborales que la ató con el señor Aya Méndez, en tanto ello sólo da cuenta el valor del salario percibido por el actor y los valores a cancelar por los citados conceptos, pero no acredita ni da certeza del pago que pretende hacer valer, de ahí que para la Sala los citados medios de convicción no sean útiles para el propósito que persigue la convocada a juicio.

En este punto, resulta discordante pretender derivar de la prueba documental en comento la solución de dichas acreencias laborales, cuando no existe medio de convicción alguno tendiente a demostrar que el actor recibió el monto en que se aduce en la liquidación de prestaciones sociales y vacaciones, de ahí que no sean de recibo por parte de este

colegiado los argumentos de la censura, cuando estima que los documentos prueban su pago, ya que los mismos sólo evidencian únicamente el valor adeudado por concepto de las citadas prestaciones.

A lo anterior se suma que al igual como lo señaló el A quo a los mismos se les debe restar eficacia probatoria, si se tiene en cuenta que la prueba testimonial practicada dentro del proceso dejó al descubierto que aquellos fueron suscritos por el trabajador al inicio de la relación laboral. Ello es así, en tanto que la señora Ingrid Rubiela Cortés Gaitán, manifestó que dentro de sus funciones como administradora de la sociedad enjuiciada, estaba la de realizar la suscripción de contratos de trabajo con los trabajadores a vincular, oportunidad en la que al personal de la empresa, así como al trabajador demandante, suscribían además la carta de finalización del vínculo laboral y liquidación de prestaciones sociales, la cual era diligenciada con posterioridad por el empleador.

Al margen de lo anterior, aun cuando aduce la apelante la existencia de prueba sobre el pago de las liquidaciones de los contratos de trabajo, es evidente que no arrió medio de convicción que permitiera concluir con certeza que lo dicho aconteció, pues es claro que conforme la documental que se acaba de relacionar de ninguna forma demuestra que el actor hubiere recibido el monto de sus prestaciones sociales y vacaciones, no solo en vigencia, sino al finiquito de la relación laboral.

En ese hilo conductor y habiendo señalado el demandante que no recibió el pago de las citadas acreencias laborales, le significaba entonces a su empleador probar lo contrario, es decir, presentar medio de convicción que permitiera colegir que realmente realizó su desembolso, no siendo suficiente con allegar documentos titulados como “liquidación de prestaciones sociales”, en tanto que tal probanza no demuestra ningún pago a favor del trabajador. Además, porque dicha exigencia solamente compete a la sociedad enjuiciada, pudiendo fácilmente cumplir con la carga que le corresponde, en procura de enervar las obligaciones que se le atribuye.

En ese sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 1638 del 5 de mayo del 2021, precisó al respecto:

"Tampoco se aleja de la razón el argumento del Tribunal según el cual, por haber negado el actor haber recibido el monto de dicha liquidación, correspondía a la demandada allegar prueba como comprobante de pago o registro contable como era su obligación, para demostrar efectivamente el cumplimiento del deber de cubrir la liquidación final de prestaciones sociales, pues es claro que si en verdad el dinero a que alude el documento se hubiera entregado efectivamente al actor, era incuestionable que la empresa tuviera registro de tal egreso en su archivos y obviamente el comprobante contable de lo pagado, pero ello no fue así pues ninguna constancia aparece en el proceso. (...)

De conformidad con lo que se acaba de indicar, de tiempo atrás la jurisprudencia ha sostenido que el hecho de que el trabajador firme paz y salvos a su empleador no traduce, necesariamente, que las obligaciones a cargo de éste hubieren sido efectivamente solucionadas, por la potísima razón de que, fuera de que la situación de subordinación del trabajador respecto de su empleador permite predicar una natural sujeción reverencial a lo dispuesto por éste, entre ellos la suscripción de este tipo de documentos, lo cierto es que siendo el pago efectivo la prestación de lo que se debe (artículo 1626 Código Civil), y en términos probatorios una afirmación definida que requiere ser probada."

De cara al referente jurisprudencial, las citadas probanzas no tienen el alcance probatorio argüido por la censura, consistente en la solución de prestaciones sociales y compensación de vacaciones, de manera que como no se arrió ningún medio de prueba más que las documentales atrás expuestas, es claro que la pasiva deberá correr con las consecuencias

de su inactividad probatoria, esto es, la ratificación de la decisión que tomó con acierto el A quo.

Costas

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Construcciones HID S.A.S. y a favor del actor, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

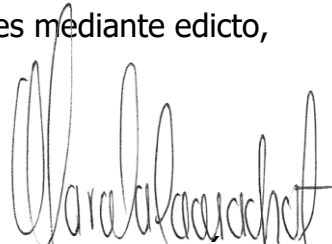
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 1 de marzo de 2022, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia en favor de la parte demandante y a cargo de Construcciones HID S.A.S. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

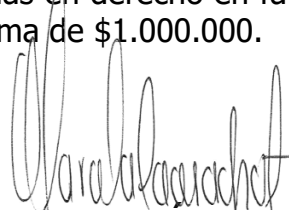


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de Construcciones HID S.A.S. en la suma de \$1.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: CARLOS ALBERTO ACOSTA ROA
Demandado: COLPENSIONES, AFPs PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A.
Radicación: 39-2021-00348-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - CONFIRMA

Bogotá D.C., veintidós (22) de junio del dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Carlos Alberto Acosta Roa instauró demanda ordinaria contra AFP Porvenir S.A., Colpensiones, AFP Protección S.A. y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, con el propósito de que se declare que los fondos de pensiones incumplieron con su deber legal de información al no brindar asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva, comprensible y comparativa sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional, por ende, se declare ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual. En consecuencia, pidió que se ordene a AFP Protección S.A. a trasladar la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento. Así mismo, que Colpensiones reactive la afiliación y reciba la totalidad de aportes y demás emolumentos a que hubiere lugar, lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida y realizó su traslado de régimen a Colfondos S.A., en el mes de agosto de 1996, en julio de 1997 a la AFP Porvenir S.A. y agosto de 2003 a la AFP Santander hoy AFP Protección S.A. Refirió que los fondos de pensiones no le explicaron de forma clara y comparada cuáles eran las diferencias entre el RPM y el RAIS, tampoco sus ventajas y desventajas, ni una actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado del régimen.

(Expediente electrónico, PDF 02DemandaAnexos)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En su respuesta se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que no obra prueba alguna de que efectivamente al actor se le hubiese hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en

presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de aquel. Refirió que las documentales allegadas al plenario se encuentran sujetas a derecho, observando de las mismas que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas.

Agregó que no se cumplen con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 y, por tanto, no procede el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2 de la ley 797 de 2003. En su defensa propuso las excepciones de fondo las que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, actos de relacionamiento, 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 y genérica. (Expediente electrónico, PDF 02ContestaciónDemanda)

3.2. AFP Porvenir S.A. Al dar contestación del libelo introductor se opuso a la totalidad de las pretensiones esgrimiendo que el traslado horizontal efectuado se dio en cumplimiento del artículo 112 de la Ley 100 de 1993, el cual fue completamente válido y estuvo precedido de asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, ajustada a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto No. 663 de 1993, que le permitiera comprender los efectos del acto jurídico celebrado; adicional indicó que su traslado de régimen pensional fue de manera libre y voluntaria, como consta en el formulario de afiliación. Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (Expediente electrónico, PDF 02ContestaciónDemanda)

3.3. AFP Protección S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a las pretensiones del libelo genitor aduciendo que en ningún momento faltó a su deber de información, pues su consentimiento estuvo mediado de amplia información y asesoría oportuna, pertinente, objetiva y comprensible, así mismo, quedó plasmado en los formularios de vinculación lo que evidencia la buena fe y lealtad de los asesores de esta administradora por procurar el bienestar del afiliado en el mejor escenario posible. En su defensa propuso las excepciones que denominó 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 y genérica. (Expediente electrónico, PDF 02ContestaciónDemanda)

3.4. Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías. Al dar respuesta al libelo demandatorio se opuso a las pretensiones esgrimiendo que la afiliación que presentó el actor fue en virtud de su derecho a libremente escoger el fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el Rais su elección. Refirió que los asesores comerciales del fondo le brindaron una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado, en la que se le asesoró acerca de las características del RAIS, el funcionamiento de este, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, el derecho de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional.

Formuló las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad,

ratificación de la afiliación, prescripción, compensación y pago. (Expediente electrónico, PDF 02ContestaciónDemanda)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 18 de abril de 2022, en la que la falladora de primer grado declaró que el traslado que hizo el actor del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de Colfondos S.A. es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto, se debe entender que el actor jamás se separó del régimen de prima media, situación que también se deberá entender frente a las demás afiliaciones que se realizaron al interior del régimen de ahorro individual con solidaridad. Condenó a la AFP Protección S.A. a que transfiera todas las sumas de dinero que obran en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los valores por rendimientos y gastos de administración (estos debidamente indexados) que recibió durante el periodo de afiliación del actor y hasta que realice el traslado, sin que le sea dable descontar suma alguna por dinero que haya pagado por seguros previsionales, como son los dineros dirigidos a seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de la pensión mínima; con destino a Colpensiones.

Ordenó a Colfondos S.A. y Porvenir S.A. a que transfieran los dineros que recibió por gastos de administración durante el periodo de afiliación y sin que le sea dable descontar suma alguna que haya pagado por seguros previsionales, como son los dirigidos a seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de la pensión mínima. Dispuso que Colpensiones reciba los dineros y reactive la afiliación del actor al régimen de prima media con prestación definida y sin solución de continuidad. Informó que la citada administradora puede acudir a las actuaciones judiciales para obtener el resarcimiento de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz, Por último, condenó en costas a AFP Protección S.A., AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías.

Para arribar a tal decisión tuvo como problema jurídico dilucidar si el traslado que hizo el actor del RPD al RAIS fue libre y voluntario o si por el contrario se debe declarar ineficaz ante la inobservancia de dichos supuestos. Con tal propósito, citó los artículos 13, 271, 272 de la Ley 100 de 1993, así como la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para precisar que la decisión de traslado ha de ser libre y voluntaria, la cual no puede quedar con la sola suscripción del formulario de afiliación sin presión, fuerza y coerción, sino, que ese concepto va más allá bajo el entendido de que se hay suministrado un consentimiento o una libertad informada.

Expuso que la carga de la prueba le corresponde a las administradoras de pensiones y son ellas las que deben demostrar que efectivamente que se cumplió con ese deber de información, de tal manera, en el caso en concreto, sostuvo que las AFP accionadas no cumplieron con la citada carga probatoria, en tanto que no allegaron ninguna prueba con miras a evidenciar que los trasladados fueron precedidos de una información clara y suficiente, lo que imponía acceder a las pretensiones de la demanda. (Expediente electrónico, audio

01Aud77Y80CptssCarlosAlbertoAcostaVsColpensionesProteccionPorvenir)

6. Impugnación y límites del ad quem

6.1. AFP Porvenir S.A. Inconforme con la anterior decisión formuló recurso de apelación esgrimiendo que no es procedente devolver los gastos de administración, toda vez que fue la misma ley la que concedió la posibilidad de descontar del total del monto de aportes el 3% para los citados gastos y por ser estos la remuneración que recibe los fondos por su debida gestión es por lo que no debe ordenarse la devolución, pues de ser así se estaría avalando un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones.

Indicó que no debe trasladar las sumas por concepto de primas y seguros previsionales, por cuanto estas ya no se encuentran en su poder, sino, ante la compañía aseguradora que contrató para la cobertura de las sumas adicionales que eran necesarias para financiar las prestaciones, que por mandato legal así lo requerían y frente al cual el actor tuvo una protección durante toda la vinculación al fondo privado. Adicionó que la Superintendencia Financiera señala que el traslado de recursos entre los regímenes pensionales deberá efectuarse de conformidad con la norma específica y prevista para ello, lo que desde luego incluyen las restituciones que deban hacerse cuando se ordene la nulidad del traslado.

6.2. AFP Protección S.A. En su alzada esbozó que de acuerdo con la facultad que otorga el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, no existe diferenciación para que los dos regímenes realicen descuentos sobre los aportes pensionales de los afiliados, por lo que, ante la declaratoria de la ineficacia del traslado, en el régimen de prima media también se hacen esa clase de descuentos. Refirió que si pretende que las cosas vuelvan a su estado en que se encontraban, ello no implica que haya un perjuicio que deba asumir el fondo, a más porque debió haberse demostrado. Sostuvo que se presume que por la afiliación al RAIS se haya perjudicado económicamente a Colpensiones, cuando ni si quiera se ha demostrado probatoriamente, aun cuando dicha interpretación se haya realizado por línea jurisprudencial, en tanto que esa línea es en contra de la ley, pues no existe una interpretación teleológica y literal, ni hermenéutica que permita concluir que las administradoras del fondo de pensiones deban asumir una consecuencia económica.

Agregó que se debe partir de la buena fe, pues no se encuentra demostrada falta al deber de información, sino, que hay una carga probatoria que simplemente por unas negaciones indefinidas permite asumir que se faltó a dicho deber, por no contar con una prueba diferente al formulario de afiliación. Expuso que no se probó que se faltó a ese deber de información, de tal manera que tampoco existe el perjuicio, a más porque existe un desequilibrio financiero al sistema de seguridad social con esta clase de decisiones al desfinanciar a las administradoras de fondos de pensiones sin fundamento legal.

6.3. Colpensiones. Formuló recurso de apelación en contra de la sentencia de primer grado, alegando que efectuar el traslado del actor al Régimen de Prima Media, afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, además, el mandato legal según el cual está inmerso en la prohibición de poderse trasladar de un régimen a otro por faltarle menos de diez años para acceder a la pensión de vejez. Insistió en que la libre permanencia en el régimen de ahorro individual por más de 20 años ha saneado cualquier tipo de vicio, por lo tanto, tampoco se puede alegar que sea ineficaz ya que cumple con los requisitos legales dado que el acto se realizó con el pleno uso de sus facultades mentales. Sostuvo que las AFP cumplieron con los requisitos normativos y exigidos para la época en que se realizó el traslado, sin embargo, solicitó que en caso de que se confirme la sentencia, no sea condenada en costas, pues es un obligado a participar del proceso y es un tercero de buena fe.

7. Alegatos de conclusión

7.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que el fondo de pensiones demandado no logró acreditar el cumplimiento de su deber profesional y legal de brindar una adecuada información y asesoría al demandante, en el momento previo a su traslado de régimen pensional.

7.2. AFP Porvenir S.A. En su escrito de alegaciones indicó que el traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y

consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Consideró que el traslado del demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad.

7.3. Colpensiones. Esgrimió que el actor no está amparado por el régimen de transición y, por tanto, no puede regresar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, debió hacerlo cuando le faltaran más de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para adquirir su derecho a la pensión, pero como la solicitud la elevó cuando cumplía con la edad, ya no puede regresar al régimen administrado por la entidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones, AFP Porvenir S.A. y AFP Protección S.A. se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal**: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA haya omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFPs del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que Carlos Alberto Acosta Roa, se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 5 de octubre de 1995, con cotizaciones hasta el 16 de julio de 1996, conforme aparece en la historia laboral expedida por dicha entidad (expediente electrónico

PDF GRP-SCH-HL-2017_12670622-20171129122306); quien suscribió formularios de afiliación con Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías el 26 de julio de 1997; posteriormente, el 22 de septiembre de 1997 a la AFP Porvenir S.A. y finalmente, se afilió a Pensiones y Cesantías Santander hoy AFP Protección S.A. 9 de julio de 2003, donde se encuentra actualmente, hecho que no fue controvertido por las partes.

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP y no en el actor, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P.; en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993; y en tercer lugar, porque el literal b) del artículo 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1997- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de las AFP codemandadas, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al actor acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás

aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Igualmente, la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".*

Adicionalmente es necesario referir que, la Sala no desconoce que para el momento en que el actor se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, las AFP sí estaban en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica.

Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sanea la ineficacia generada por la falta de información

En este punto, cabe resaltar lo adocetrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: ***"la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen"***.

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque el actor se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías en el año 1997, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de

haberse suministrado información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 26 de julio de 1997, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación del demandante al RAIS, es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume, de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por aquél a ésta a fin que reposen en la historia laboral, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de **manera íntegra** a Colpensiones, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

(...) Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal”

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de las AFP codemandadas (durante el tiempo de permanencia del actor en cada AFP), con destino a Colpensiones, tal y con acierto lo determinó la juez de primer grado.

De tal manera, no resulta atendible lo afirmado las AFP Porvenir S.A. y AFP Protección S.A., pues es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, de manera indexada conforme lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 3321 del 26 de junio del 2021.

De otro lado, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: “...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces” (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandados fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y demás conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de gastos de administración, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a Colpensiones las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar este valor durante la afiliación.

Las razones expuestas son suficientes para confirmar la sentencia en este punto de apelación.

Excepción de prescripción

La acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible

y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

Costas

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de AFP Protección S.A., AFP Porvenir S.A. y Colpensiones y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados. Las de primera instancia se confirman.

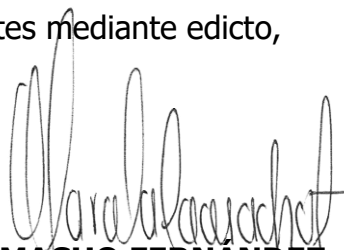
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de abril de 2022, por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de AFP Protección S.A., AFP Porvenir S.A. y Colpensiones. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de cada una de las demandadas AFP Protección S.A., AFP Porvenir S.A. y Colpensiones el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: SONIA BEATRIZ JARAMILLO SARMIENTO
Demandada: COLPENSIONES y AFP PROTECCIÓN S.A.
Radicado No.: 32-2021-00182-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

Bogotá D.C., veintidós (22) de junio del dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Sonia Beatriz Jaramillo Sarmiento instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Protección S.A. con el propósito de que se declare la ineficacia del traslado efectuado al RAIS y, en consecuencia, se ordene al citado fondo de pensiones trasladar la totalidad de dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual y a Colpensiones recibirlos con la consecuente corrección y actualización de su historia laboral; además, solicita lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que se afilió al subsistema general de pensiones el 1 de enero de 1990, cotizando un total de 378 semanas al ISS, dado que para el 1 de julio de 1995 se trasladó al régimen de ahorro individual, mediante afiliación a la AFP Protección S.A. Refirió que esa aparente decisión libre y voluntaria, no estuvo precedida de información e ilustración, en tanto que no suministró información, clara, cierta y comprensible, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los dos regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado de régimen efectuado.

(Expediente electrónico, PDF 01Demanda2021182Ordinario, págs. 2 a 17).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 04NotificacionDemandadosDecretos806De2020); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. Presentó contestación a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando que el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual realizado por la demandante es totalmente válido, como quiera que esta ejerció su derecho a la libertad de escogencia de régimen de manera voluntaria, consciente y sin presiones, suscribiendo formulario de traslado a la AFP Protección S.A. el 1º de julio de 1995. Refirió que, si la actora decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen, se debió a la información a ella brindada por parte de los asesores de la AFP, más aún cuando del acervo probatorio no

obra ninguna tendiente a demostrar que se presentó algún vicio en el consentimiento al momento de su afiliación que llegue a invalidar la misma.

En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, 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 adiciona el artículo 48 de la Constitución Política), imposibilidad volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y genérica. (Expediente electrónico, PDF 05ContestacionColpensiones).

3.2. AFP Protección S.A. Al dar respuesta a la demanda se opuso a totalidad de las pretensiones aduciendo que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Indicó que el formulario de vinculación que suscribió la actora se realizó en forma libre y espontánea, solemnizando la vinculación; acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generan derechos y obligaciones en cabeza del Fondo y de la afiliada. Expuso que la citada manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, ya que la demandante tuvo la suficiente ilustración para que optara por el traslado de régimen, desvirtuando cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, pues, el mismo se hizo de forma libre y voluntaria, en términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, a través de la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación, lo que constituye una manifestación inequívoca y en un acto válido y existente.

Formuló las excepciones de fondo que denominó 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 e innominada. (Expediente electrónico, PDF 07ContestaciónProtección).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 4 de mayo de 2022, en la que el fallador de primer grado declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS y, en consecuencia, condenó a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración, disponiendo que estos últimos se trasladen indexados. Ordenó a Colpensiones a recibir a la demandante como afiliada sin solución de continuidad y condenó a la AFP accionada en costas.

Para arribar a tal decisión tuvo como problema jurídico dilucidar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado efectuado por la demandante, por el incumplimiento al deber de información. Con tal propósito, citó la línea jurisprudencial que sobre el tema ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para precisar que en tratándose de la relación contractual existentes entre los fondos de pensiones y los afiliados, estos últimos son la parte débil del nexo y merecen especial protección, por lo que, corresponde a las administradoras de pensiones acreditar el cumplimiento del deber de información. De esta forma, dijo que debe declararse la ineficacia del traslado realizado por la actora, toda vez que en el devenir procesal no se probó el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Protección S.A., en tanto, que dicha sociedad más allá

de aportar el formulario de afiliación y el documento que da cuenta de la reasesoría brindada en el año 2009, no aporta ningún otro elemento de juicio que permita entrever el cumplimiento de la citada obligación. (Expediente electrónico, audio 15AudienciaTrámiteJuzgamiento04Mayo2022).

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

5.1. Colpensiones. Recurrió la decisión proferida manifestando que el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 determinó la posibilidad que el afiliado se traslade entre regímenes una vez cada 5 años contados a partir de la selección inicial, sin embargo, por razones financieras y estabilidad en el sistema pensional, esta misma norma limitó el derecho cuando el afiliado le faltare 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión, salvo aquellos afiliados que tuviesen 15 años de servicio a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Bajo lo dicho, consideró que sus actuaciones deben estar encaminadas en pro del cumplimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema y las disposiciones legales que buscan proteger tal principio, de allí que no proceda el traslado de la actora en cualquier tiempo, pues aquella no es beneficiaria del régimen de transición, máxime que para la fecha de solicitud de traslado ya se encontraba ante la citada prohibición legal.

Agregó que la demandante en el interrogatorio de parte sostuvo que en el año 2009 recibió una reasesoría por parte del Fondo accionado, de tal manera que decidió quedarse en dicha AFP y no retornar a Colpensiones; data para la cual no se encontraba en la prohibición establecida en el 2° de la Ley 797 de 2003, no obstante, continuó afiliada al RAIS. Advirtió que, para el momento del traslado, la AFP solo tenía la obligación de brindar información y sería la afiliada quien determinaría cuándo realizar sus aportes a pensión, por lo que resulta desmedido exigir que se hubiere realizado una proyección pensional o imponer un deber de asesoría y buen consejo cuando esto no había sido impuesto a las administradoras.

Aludió al principio de relatividad jurídica, para significar que Colpensiones es un tercero de buena fe frente al acto jurídico que celebró la demandante con la AFP, por lo que, si los actos jurídicos tienen efectos inter partes, independiente de la decisión adoptada la entidad no debe verse favorecida ni perjudicada con la citada voluntad en la sentencia.

(Expediente electrónico, audio 15AudienciaTrámiteJuzgamiento04Mayo2022).

5.2. AFP Protección S.A. En su alzada esgrimió la improcedencia de devolución de los gastos de administración en razón a que se trata de comisiones ya causadas durante el manejo de dineros de la cuenta de ahorro individual; descuentos realizados conforme a la ley como contraprestación de su buena gestión administrativa que puede verse con los rendimientos generados durante el tiempo de vinculación. Indicó que la citada restitución constituye un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, la cual, ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la demandante, por consiguiente, dijo que tiene derecho a conservar la comisión, como restitución mutua a su favor. Agregó que la devolución de los gastos debe mirarse bajo la figura de la responsabilidad civil, la cual no fue probada. Por último, solicitó la revocatoria de la condena en costas. (Expediente electrónico, audio 15AudienciaTrámiteJuzgamiento04Mayo2022).

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que la AFP Protección S.A. no logró demostrar dentro del plenario que el traslado de régimen efectuado el 23 de junio de 1995, estuvo precedido de la suficiente ilustración e información, razón por la cual se vulneró el deber de información.

6.2. Colpensiones. En su escrito de alegaciones esgrimió que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo que permitan declarar la ineficacia de la afiliación, en tanto obra como soporte de dicha afiliación las cotizaciones efectuadas por la demandante de manera libre, voluntaria y espontánea, por lo que se tiene que es eficaz y produce pleno efecto jurídico entre las partes. Refirió que medio consenso sobre la información ofrecida, las condiciones y características del RAIS además no existe ninguna prueba, tampoco un indicio que demuestre, que el traslado se desarrolló con la presencia de vicios del consentimiento como el error, la fuerza o el dolo, descritos en el código civil colombiano, prueba de ello son las firmas del formulario de afiliación que acredita la aceptación voluntaria libre y sin presión de la demandante de construir pensión en un fondo privado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y Colpensiones, se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor la entidad pública en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios:** (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene incólume actualmente, entre otras, en la sentencia SL2207 del 26 de mayo del 2021.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que Sonia Beatriz Jaramillo Sarmiento, se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 1 de abril de 1988, con cotizaciones hasta el 22 de junio de 1995, conforme aparece en la historia laboral expedida por la misma (Expediente electrónico, PDF 05ContestaciónColpensiones, págs. 25 a 29), quien suscribió formulario de afiliación con la AFP Protección S.A. el 23 de junio de 1995, (Expediente electrónico, PDF 07ContestaciónProtección, pág. 54)., donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP y no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar a la afiliada en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995- la CSJ ha señalado que la AFP debía hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema, no siendo factible colegir del interrogatorio de parte que se surtió la demandante, en tanto aquella se limitó al aducir alguna de las características del régimen de ahorro individual, pero no confesó que recibió información en los términos indicados, como mal lo atribuye la censura. Es decir, solo le brindó información básica y esto no es suficiente para que la AFP demuestre que en efecto

ofreció la información de manera particular e integral a la actora, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de la AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por el hecho de que la afiliada sea profesional, pues el hecho de que sea abogada no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la accionante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Respecto del argumento de la censura dirigido a obtener declaratoria de saneamiento de la ineficacia, generado por el simple paso del tiempo, debe señalarse que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la actora haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al

momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información, por lo que se despachará negativamente el motivo de alzada en este punto.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Ahora bien, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de Colpensiones, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a Colpensiones, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (CSJ SL 2208-2021).

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por la apoderada de la AFP Protección S.A., pues es claro procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, de manera indexada, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 3321 del 26 de junio del 2021 y como acertadamente lo indicó el A quo en sus consideraciones.

De otro lado, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: *"...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces"* (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la

Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandados fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria a la demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y demás conceptos es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Ahora, teniendo en cuenta que en la parte resolutive del fallo proferido en primera instancia no se condenó a la AFP Protección S.A. de manera específica a transferir a Colpensiones las sumas descontadas por concepto del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, así como comisiones, se adicionará el fallo apelado en tal sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos al momento de la devolución se realicen debidamente indexados, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 3321 del 26 de junio del 2021.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se modificará la sentencia en este tópico.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible, por lo que este punto de alzada se despachará negativamente.

Costas en primera instancia a cargo de AFP Porvenir S.A.

Frente a las costas, el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, de manera que es procedente imponer costas de primera instancia en contra AFP Protección S.A., tal y como lo señaló el *a quo*, no siendo procedente su revocatoria y menos aun cuando, se opuso a todas las pretensiones de la demanda, como se puede observar de su contestación.

Costas en segunda instancia

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y AFP Protección S.A., por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados.

DECISIÓN

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

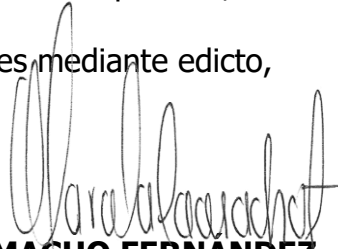
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 4 de mayo de 2022, por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a **AFP PROTECCIÓN S.A.** devolver a Colpensiones comisiones y porcentajes destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la actora, ordenando que dichos conceptos se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de AFP Protección S.A. y Colpensiones. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de cada una de las demandadas AFP Protección S.A. y Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MATÍAS ROBERTO SUTA ROBLES
Demandadas: COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. Y AFP PROTECCIÓN S.A.
Radicado No.: 09-2018-00706-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

Bogotá D.C., veintidós (22) de junio de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. GUSTAVO BORBÓN MORALES, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Matías Roberto Suta Robles instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, AFP Porvenir S.A., AFP Protección S.A., con el propósito de que se declare la nulidad del contrato y, en consecuencia, se ordene a la AFP Porvenir S.A. trasladar la totalidad de aportes, rendimientos y demás sumas a Colpensiones, y cualquier diferencia económica que surja. Así mismo, pidió costas procesales.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que siempre estuvo vinculado al RPMPD, cotizando al ISS 667 semanas, hasta que se trasladó a AFP Protección y acumuló 133.28 semanas. Indicó que con posterioridad se trasladó a AFP Porvenir S.A. en abril de 1999, dado que sus asesores le señalaron que era mejor estar en un sistema de pensiones en que se podía definir la pensión sin necesidad de acumular semanas y edad, pero no le refirieron que debía tener un capital ahorrado para tener derecho a la pensión de vejez.

(Expediente electrónico, PDF A1 folio 1 a 154 expediente digital, págs. 25 a 50)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF A1 folio 1 a 154 expediente digital, págs. 200 y 201); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. Presentó contestación a la demanda señalando que no se opone ni se allana a las pretensiones de esta, pues no le constan las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales se brindó asesoría del RAIS al demandante, por lo que deberá probarse el engaño u omisión en la que incurrió la AFP Porvenir S.A. Sostuvo que el

traslado de régimen se encuentra ajustado a derecho, ya que se realizó de forma libre y voluntaria. Formuló como excepciones de mérito las que denominó validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la constitución política adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, compensación, prescripción y genérica (Expediente electrónico, PDF A1 folio 1 a 154 expediente digital, págs. 202 a 234)

3.2. AFP Porvenir S.A. Al dar respuesta a la demanda se opuso a totalidad de las pretensiones aduciendo que al momento del traslado brindó información necesaria y suficiente, pues le indicó las ventajas y desventajas que existía entre los dos regímenes pensionales, así, refirió que dicha vinculación con el RAIS es válida por consiguiente no hay lugar a traslado de los aportes, máxime cuando se realizó de forma libre y voluntaria. Rotuló como excepciones previas la falta de integración del litisconsorcio necesario, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación a cargo de mi representada, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y genérica. (Expediente electrónico, PDF A1 folio 1 a 154 expediente digital, págs. 172 a 196)

3.3. AFP Protección S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a las pretensiones del libelo genitor aduciendo que la afiliación al RAIS es plenamente valida y no existe justificación legal para la nulidad de la afiliación del demandante al RAIS. En su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó 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, y finalmente la innominada o genérica. (Expediente electrónico, PDF A2 folio 155 a 194 expediente digital, págs. 1 a 16)

3.4. La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En su escrito de intervención se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que no cumple funciones de administradora del Sistema General de Pensiones creado por la Ley 100 de 1993 y, por lo tanto, no tiene competencia para determinar la afiliación y/o traslado de las personas entre los regímenes pensionales. Formuló las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y ausencia de responsabilidad, prescripción, descapitalización del sistema, equivalencia del ahorro, anulación y reintegro del bono pensional, buena fe y genérica. (Expediente electrónico, PDF A7 folio 224 a 302 expediente digital)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 31 de marzo de 2022, en la que la falladora declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS y, en consecuencia, condenó a AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones, los valores generados por concepto de aportes, frutos y rendimientos financieros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones. Ordenó a AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a cuotas de administración y comisiones que se dedujeron de la cuenta de ahorro individual del actor. Condenó a Colpensiones a recibir los citados valores que le fueren trasladados y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral del demandante las correspondientes semanas. Además, condenó a AFP Porvenir S.A. a reintegrar a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público los dineros pagados en virtud del bono pensional tipo A, junto con los rendimientos y ordenó a AFP Protección S.A. al pago de costas procesales.

Para arribar a tal decisión indicó que la elección de cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones debe ser libre y voluntaria por parte del afiliado, de acuerdo con los artículos 13 y 271 de la Ley 100 del 93. Manifestó que el deber de información se encuentra a cargo de las administradoras de fondos de pensiones y ha sido exigible desde

su creación, de allí que le corresponde dar información clara y suficientemente de los efectos que acarrea el cambio de régimen. Refirió que sobre la carga de probar los hechos que aquí se debaten en sentencia SL 4426 -2019 se dijo que si el afiliado manifiesta que no recibió la información debida cuando se vinculó al RAIS, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien la invoca.

De acuerdo con lo anterior, observó que AFP Protección S.A. al momento del traslado de régimen, al actor no le indicó las ventajas y desventajas entre los distintos regímenes, así como las consecuencias jurídicas del traslado, de tal manera que no bastaba con la manifestación que quedó plasmada en el texto preimpreso del formulario de vinculación, aspecto, que le imponía acceder a las pretensiones de la demanda. (Expediente electrónico, audio B8 Audiencia 2018-00706-20220331 folio 403)

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

5.1. Colpensiones. En oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación señalando que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo, además, al momento del traslado no era beneficiario del régimen de transición. Refirió que no se logró probar que se le haya dado información equivocada o falas por parte del fondo codemandado, máxime que para la data del traslado el Fondo de Pensiones solo tenía la obligación de brindar información sobre sus condiciones a la hora del traslado, por lo tanto, no hay lugar a la ineficacia solicitada pues lo que existió fue un desinterés o descuido por parte del demandante. (Expediente electrónico, audio B8 Audiencia 2018-00706-20220331 folio 403)

5.2. AFP Porvenir S.A. En su alzada señaló que el Decreto 692 de 1994 establece la obligación de las administradoras de pensiones, entre las cuales, no se encuentran el deber de dejar constancia de documentos que evidencien la asesoría recibía. Indicó que existen la intención y voluntad de seguir en el régimen de ahorro individual, al mantenerse vinculado al RAIS, como lo fue la firma para obtener el bono pensional, además, refirió que la A quo no hizo un cálculo de su derecho pensional, si se tiene en cuenta que el actor señaló desconocerlo. Arguyó que el actor estuvo amparado sobre los riesgos de invalidez y sobrevivencia, por ende, ha tenido que pagar esos seguros, de allí que no proceda la devolución de esos gastos administrativos. (Expediente electrónico, audio B8 Audiencia 2018-00706-20220331 folio 403)

5.3. AFP Protección S.A. En su recurso de apelación manifestó que durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a la entidad realizó una excelente administración de su cuenta de ahorro individual y eso se evidenció en los altos rendimientos generados, de tal manera, indicó que de desconocer ello sería tanto desatender su derecho a la restitución mutuas establecidas en el artículo 1746 del Código Civil, máxime cuando se estaría generando un enriquecimiento sin causa a Colpensiones, entidad que nunca administró la cuenta del demandante. Recordó que esos conceptos por cuota de administración y seguro provisional son descontados por autorización de la Ley 100 de 1993, los cuales provisional tienen una naturaleza diferente a la pensión, de allí que no proceda su reembolso más aun cuando no está demostrado el daño, culpa y el nexo causal.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que, a la luz del precedente judicial establecido por la Corte Suprema de Justicia, el formulario de afiliación no es suficiente prueba que conduzca a demostrar que la AFP Protección S.A. proporcionó a Matías Roberto Suta Robles una información completa y comprensible, a la medida de la

diferencia existente entre un administrador experto y un afiliado que no es versado en materias de alta complejidad legal.

6.2. La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En su escrito de alegaciones esgrimió que no advierte la sentencia proferida en primera instancia, que 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, ha tenido una lenta y progresiva evolución y 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. Expuso que es evidente que los casos deben juzgarse conforme las normas vigentes para cuando se produjo el traslado, y ello 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.

6.3. AFP Protección S.A. Esgrimió que el A quo le restó eficacia probatoria al formulario de afiliación siendo el único documento exigido para la afiliación del actor, desconociendo por completo el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, manifestación por escrito que hizo siendo capaz y conocedor de su afiliación, pues ha estado vinculado en el RAIS hace más de 26 años; lo anterior se desconoce cuándo se indica en la sentencia "*que el formulario de afiliación no da prueba que el mismo haya sido informado*", resultando un agravio en contra de la seguridad jurídica, ya que no podía el A quo concluir que el simple formulario no demostraba la información, teniendo en cuenta que para la fecha de vinculación no existía norma alguna en el que dijese que fuera del formulario se tenía que dejar constancia de la asesoría.

6.4. Colpensiones. Refirió que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo en el presente caso, pues no había una expectativa legítima para el actor, como quiera que a la hora del traslado contaba con menos de 750 semanas, y le faltaban más de 25 años para acceder a la pensión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las codemandadas se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 de la misma codificación.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal**: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que el señor Matías Roberto Suta Robles se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 30 de noviembre de 1978, con cotizaciones hasta el 9 de julio de 1996, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones; Asimismo, suscribió formulario con AFP Protección S.A. el 17 julio de 1996 (Expediente electrónico, PDF A2 folio 155 a 194 expediente digital, pág. 25); posteriormente se trasladó AFP Horizonte el 2 de marzo de 1999 (Expediente electrónico, PDF A1 folio 1 a 154 expediente digital, pág. 81) y a AFP Porvenir S.A. el 26 de enero de 2000 (Expediente electrónico, PDF A1 folio 1 a 154 expediente digital, pág. 83), donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP y no en el actor, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P.; en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993; y en tercer lugar, porque el literal b) del artículo 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que

guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de las AFP codemandadas, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al actor acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Igualmente, la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".*

Adicionalmente es necesario referir que, la Sala no desconoce que para el momento en que el actor se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, las AFP sí estaban en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica.

Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sanea la ineficacia generada por la falta de información

En este punto, cabe resaltar lo adocinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: ***“la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen”***.

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque el actor se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió AFP Protección S.A. en el año 1996, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 17 julio de 1996, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

Actos de relacionamiento

Sobre esta temática, alude los apoderados judiciales de las partes apelantes que debe tenerse en cuenta “los actos de relacionamiento” de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que el actor estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Aspecto que en efecto ha sido abordado por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que *“el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar”*, tesis que en nada modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado y sin que el hecho de que aquella permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Ahora bien, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por aquél a ésta a fin que reposen en la historia laboral, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de **manera íntegra** a Colpensiones, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877/20, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

(...)

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de AFP Protección S.A. y AFP Horizonte S.A. hoy AFP Porvenir S.A. (durante el tiempo de permanencia del actor en cada AFP), con destino a Colpensiones.

De otro lado, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandados fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y demás conceptos es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de gastos de administración, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a Colpensiones las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

Ahora, teniendo en cuenta que en la parte resolutive del fallo proferido en primera instancia no se condenó a AFP Porvenir S.A. y AFP Protección S.A. a transferir a Colpensiones gastos de administración, rendimientos, las sumas descontadas por concepto de comisiones y porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, se adicionará el fallo apelado en tal sentido. Así mismo, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por la A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 3321 del 26 de junio del 2021.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le resulte desfavorable y no fuere apelado, de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se modificará la sentencia en este tópico.

Excepción de prescripción

La acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

Costas

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de AFP Protección S.A., AFP Porvenir S.A. y Colpensiones y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados. Las de primera instancia se confirman.

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

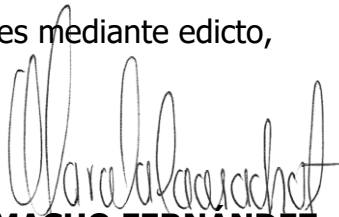
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR los numerales segundo y tercero de la sentencia proferida el 31 de marzo de 2022, por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a **AFP PROTECCIÓN S.A.** y **AFP PORVENIR S.A.** devolver a Colpensiones gastos de administración, rendimientos, las sumas descontadas por concepto de comisiones y porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual del actor, ordenando que dichos conceptos, así como los demás ordenados por la A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de AFP Protección S.A., AFP Porvenir S.A. y Colpensiones. Las de primera, se confirman.

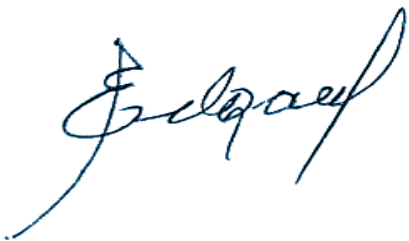
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

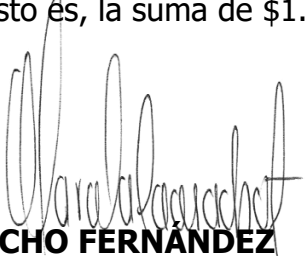


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de cada una de las demandadas AFP Protección S.A., AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MYRIAM JUDITH HERNÁNDEZ VILLALBA
Demandadas: COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.
Radicado No.: 01-2019-00676-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

Bogotá D.C., veintidós (22) de junio de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Myriam Judith Hernández Villalba instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A. con el propósito de que se declare que existió un vicio del consentimiento en el traslado dado a que la AFP incurrió en omisión en el deber de informar de los beneficios y desventajas del RAIS. En consecuencia, se ordene a AFP Porvenir S.A. retornar a Colpensiones la totalidad de lo ahorrado en su cuenta de ahorro individual como rendimientos financieros, bonos pensionales y demás conceptos y a esta última recibir la totalidad de lo ahorrado. Además, pidió lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que se afilió al sistema general de pensiones administrado hoy por Colpensiones desde el 16 de Julio de 1985 hasta el 31 de diciembre de 1999, en tanto que a partir del 1 de enero de 2000 se trasladó al RAIS, ya que su empleadora promovió reunión de carácter institucional con la AFP Porvenir S.A., lo que le inspiró confianza la veracidad de la información que le fue suministrada. Sostuvo que los asesores de la AFP no le explicaron las desventajas que le traería el traslado del régimen, tampoco le explicaron las modalidades de pensión, ni le dieron una proyección del valor de su mesada teniendo en cuenta el valor del bono pensional (Expediente digital, PDF 01 CUADERNO PRINCIPAL págs. 5 a 15 y 161 a 162).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. Presentó contestación a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando que la afiliación realizada por la actora goza de plena validez en la actualidad, más aun, cuando permaneció en dicho régimen de capitalización por más de 20 años, realizando traslado horizontal a AFP Porvenir S.A. y no obra prueba que permita colegir la existencia de una causal de nulidad que invalide el acto jurídico de afiliación. Propuso como excepciones de mérito que denominó aplicación del precedente establecido en sentencia SL373 de 2021, 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 y genérica. (Expediente digital, PDF 01 CUADERNO PRINCIPAL págs. 170 a 191 y PDF 06 CONTESTACIÓN REFORMA DEMANDA J 01-2019-0676).

3.2. AFP Porvenir S.A. Al dar respuesta a la demanda se opuso a totalidad de las pretensiones aduciendo que la vinculación de régimen pensional efectuado por la demandante es completamente válida, por cuanto brindó información pertinente y necesaria, además, oportuna, profesional, informada y con elementos de juicio objetivos, para la toma de una decisión. Refirió que desde los Decretos 2555 de 2010, 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, las administradoras de fondos de pensiones adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general, por manera que no puede ser exigido a la administradora obligaciones inexistentes para la fecha de traslado. Rotuló como excepciones de mérito las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Expediente digital, PDF 01 CUADERNO PRINCIPAL págs. 84 a 115 y PDF 07 CONTESTACIÓN REFORMA D ELA DEMANDA COLPENSIONES).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 4 de noviembre de 2021, en la que el fallador de primer grado declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS y, en consecuencia, ordenó a Colpensiones autorizar el traslado de la demandante; condenó a AFP Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, rendimientos, frutos e intereses, bono pensional, gastos de administración, sin que le sea dable efectuar descuento alguno; declaró que Colpensiones, puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la actor; y finalmente no condenó en costas.

Par arribar a tal decisiva refirió que las administradoras privadas de pensiones, tienen la obligación de brindar a la afiliada información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculada, de allí que el formulario afiliación apenas acredita el consentimiento de la trabajadora, pero no que este informado a la luz de lo dispuesto en el Decreto 663 de 1993, la Ley 100 de 1993 y la sentencia SL4426-2019. En tal virtud, dijo que era obligación de la AFP advertir e informar a la convocante las implicaciones que con grave perjuicio se ocasionaría, ya que su traslado al RAIS traer consecuencias desfavorables en grave perjuicio de su mínimo vital.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

5.1. Colpensiones. Dentro de la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación anotando que es improcedente la nulidad del traslado, dado que este se realizó con plena voluntad de la cotizante, quien solicitó la suscripción del formulario. Señaló que su voluntad se vio ratificada con los más de 20 años que ha realizado cotizaciones al RAIS, además, dijo que el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 establece la libre competencia entre regímenes pensionales y también la posibilidad de trasladarse una vez cada 5 años contados a partir de la selección inicial, aspecto que fue limitado por el Decreto 3800 de 2003. Agregó que no se observa solicitud alguna concerniente al traslado que hubiere podido solicitar ante Colpensiones o alguna posible solicitud de información sobre las diferencias entre un régimen y otro, tampoco se encuentra demostrado el vicio que dio lugar a que se declare la nulidad del traslado.

5.2. AFP Porvenir S.A. En su alzada refirió que hubo mediación de la demandante al suscribir el formulario de afiliación, el cual cumplió con todos los requisitos legales que estaban vigentes para el momento del traslado de régimen. Indicó que no existió reparo o inconformidad de ella con la administración de los aportes que realizó durante más de 20 años, por tanto, no hay lugar a declarar la ineficacia del traslado. Expuso que en la actualidad se encuentra la prohibición legal de retorno o de traslado entre administradoras porque le faltan menos de 10 años para cumplir la edad de pensión, además, la Superintendencia Financiera de Colombia, ha sido enfática en señalar que la obligación de otorgar esta información que se tiene actualmente, nació únicamente a partir de la entrada del Decreto 2241 del 2010, preceptiva que no es aplicable a la actora, teniendo en cuenta que aquella se afilió en el año 2000.

Insistió en que la obligación no estaba vigente para el momento de su vinculación y que cumplió con las obligaciones que estaban vigentes, aspecto que se ve reflejado en los rendimientos financieros que produjo la administración de aportes. Consideró frente a la devolución de gastos de administración, que aquello es desproporcionado, dada la obligatoriedad de su descuento que está expresamente consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, donde obliga a las AFP a descontar estos conceptos.

6. Alegatos de conclusión

6.1. AFP Porvenir S.A. En su escrito de alegaciones indicó que el traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Consideró que el traslado de la demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad.

6.2. Colpensiones. Alegó en su favor que el traslado de los aportes enunciados anteriormente se realizó con plena voluntad de la cotizante y en consecuencia no es procedente declarar la nulidad de la afiliación realizada al régimen de ahorro individual con solidaridad, teniendo en cuenta para el caso en particular que la afiliación se realizó con plena voluntad de la cotizante, quien por decisión propia la solicitó suscribiendo los formularios para efectuarlo, voluntad que se vio ratificada con [os más de 20 años que ha realizado cotizaciones al RAIS.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para

declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora Myriam Judith Hernández Villalba se afilió al otrora ISS hoy Colpensiones desde el 16 de julio de 1985, con cotizaciones hasta el 30 de diciembre de 1999, conforme aparece en la historia laboral expedida por la misma entidad (Expediente digital, PDF 01 CUADERNO PRINCIPAL págs. 17 a 28); suscribió formulario con AFP Porvenir S.A. el 15 diciembre de 1999 (Expediente digital, PDF 01 CUADERNO PRINCIPAL pág. 57) donde se encuentra actualmente según su historia laboral de cotizaciones.

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1999- la CSJ ha señalado que la AFP debía hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la promotora del litigio información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como

potencial afiliada, dando diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de la AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancia pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se le debe indicar a la AFP respecto a su argumento dirigido a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Necesidad de ser beneficiario del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional

Respecto al tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiaria del régimen de transición o tener una expectativa legítima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que la CSJ tiene sentado, entre otras, en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento a la actora, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Actos de relacionamiento

Sobre esta temática, debe tenerse en cuenta “los actos de relacionamiento” de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que la actora estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Aspecto que en efecto ha sido abordado por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que *“el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar”*, tesis que en nada modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado y sin que el hecho de que aquella permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL 4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (CSJ SL 2208-2021).

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por el apoderado de la AFP Porvenir S.A., pues es claro procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, como acertadamente lo indicó el A quo en sus consideraciones.

De otro lado, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: *"...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces"* (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria a la demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y demás conceptos es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Ahora, teniendo en cuenta que en la parte resolutive del fallo proferido en primera instancia no se condenó a la AFP Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones las sumas descontadas por concepto del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, así como comisiones, se adicionará el fallo apelado en tal sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por la A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 3321 del 26 de junio del 2021.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones en lo que le resulte desfavorable y no fuere apelado, de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se modificará la sentencia en este tópico.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

Costas

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de AFP Porvenir S.A. y Colpensiones y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

DECISIÓN

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

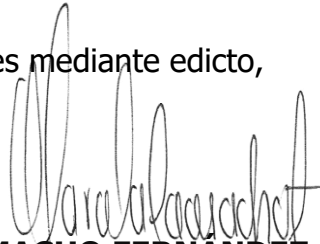
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral tercero de la sentencia proferida el 4 de noviembre de 2021, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a **AFP PORVENIR S.A.** devolver a Colpensiones las comisiones, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la actora, ordenando que dichos conceptos, así como los demás ordenados por el A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de cada una de las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: VÍCTOR GILBERTO GONZÁLEZ RODRÍGUEZ
Demandadas: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y AFP PROTECCIÓN S.A.
Radicado No.: 08-2020-00393-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO

Bogotá D.C., veintidós (22) de junio de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Víctor Gilberto González Rodríguez instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías, AFP Protección S.A., con el propósito de que se declare la ineficacia de traslado al RAIS y, en consecuencia, se ordene a Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías a devolver los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual y en que en caso de no pensionarse en el RPMPD se paguen daños y perjuicios de índole material y moral equivalente al valor de una mesada mensual desde la fecha en que cumplió los 62 años hasta la fecha en que efectivamente sea trasladado al RPMPD. Se ordene a Colpensiones tramitar el recaudo de los dineros que posee Colfondos y activar su afiliación. Pidió que se condene a Colpensiones reconocer y pagar la pensión de vejez, intereses moratorios e indexación sobre las mesadas causadas y lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que cotizó al ISS desde el 8 de septiembre de 1975 hasta el 7 enero de 1997, data en la que fue trasladado a Colmena S.A. hoy AFP Protección S.A. y que con posterioridad se trasladó a AFP Protección S.A., esto es, en marzo de 2000 y Colfondos S.A., Pensión y Cesantías en mayo de 2002. Advirtió que el fondo privado no lo asesoró ni le brindó información al momento del traslado, además, que el ISS en el que se encontraba afiliado guardó silencio en cuanto al cambio de sistema y no le suministró ninguna información relacionada con sus derechos pensionales y requisitos para adquirir su pensión en el RPMPD y el RAIS. (Expediente electrónico, PDF 02Demanda).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. Presentó contestación a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando que desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que el demandante efectuó el traslado del RPM al RAIS. Indicó que el traslado de régimen pensional realizado por la parte actora fue de libre escogencia en los términos

del artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993, de manera que la afirmación de vicio del consentimiento, falta de información necesaria o ineficacia de traslado alegado por el actor, deberá probarse en el desarrollo del proceso judicial. Propuso como excepciones de mérito las de falta de competencia por no agotamiento de reclamación administrativa, prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y no configuración del derecho al pago de intereses moratorios. (Expediente electrónico, PDF 12Anexo1ContestaciónColpensiones393).

3.2. Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías. Al dar respuesta a la demanda se opuso a totalidad de las pretensiones aduciendo que, si brindó al demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen, indicando también las características, diferencias, ventajas y desventajas entre el RAIS y RPMPD. Refirió que el actor fue quien suscribió el formulario de vinculación de manera libre y con su consentimiento expreso y, por consiguiente, no se puede dejar sin efecto un acto válido que nació a la vida jurídica. Rotuló como excepciones de fondo la inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada, ausencia de vicio del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, compensación y pago. (Expediente electrónico, PDF 15Anexo1ContestaciónColfondos393).

3.3. AFP Protección S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a las pretensiones del libelo genitor aduciendo que el traslado es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, el cual se realizó de forma libre y espontánea; dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuando de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento. En su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensión, reconocimiento de restitución mutua, 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, genérica, traslado de la totalidad de los aportes a Colfondos, traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFP convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen. (Expediente electrónico, PDF 20AnexoContestaciónProtección393).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 28 de abril de 2022, en la que la falladora declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS, acaecido el día 17 de diciembre de 1.996 mediante afiliación a Colmena hoy AFP Protección S.A. En consecuencia, condenó a Colpensiones a admitir el traslado del régimen pensional y a Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías a devolver todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación del actor, tales como cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración, debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses.

Así mismo, ordenó a AFP Protección S.A. a reintegrar todas las sumas debidamente indexadas correspondientes a las cuotas de administración que haya recibido durante el período de afiliación del actor; y a Colpensiones a recibir todos los valores que devuelvan las AFP que reposaban en la cuenta de ahorro individual y efectuar todos los ajustes en la historia pensional. Condenó a costas a Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías y AFP Protección S.A.

Para arribar a tal decisión citó el literal “e” del artículo 13 de la ley de 1993, para precisar que los afiliados al sistema de seguridad social en pensiones se encuentran facultados para escoger el régimen pensional, dándoles igualmente la posibilidad de modificar esa selección después de transcurridos 3 años desde la selección inicial. Refirió que dicha disposición fue modificada por el artículo 2° de la Ley 797 del 2003, según la cual el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o más o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, a excepción de lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C 789 de 2002.

Discurrió en que la falta de suministro de información por parte de las AFP demandadas al momento de la afiliación, señalando que la información ha de ser necesaria y suficiente, para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen los usuarios, de tal suerte que puedan o tengan la posibilidad de escoger las mejores opciones en el mercado y puedan tomar decisiones informadas. Citó la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ y con ello indicó que la obligación de suministrar a sus afiliados la información completa y suficiente antes del traslado de régimen, recae en las AFP, aspecto que no lograron demostrar. (Expediente electrónico, audio AUDIENCIA ORDINARIO 2020 00393 (2)-20220428_084512-Grabación de la reunión).

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

5.1. Colpensiones. Dentro de la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación indicando que se encuentra acreditado el cumplimiento del deber de información por parte de las administradoras de pensiones demandadas al momento en que el demandante realizó los traslados. Refirió que no se puede pretender que el fondo de pensiones allegue medios probatorios diferentes al formulario afiliación que se suscribió para realizar el traslado de régimen pensional y vincularse inicialmente a Colmena, ya que es una carga probatoria imposible de acreditar, a más porque el hecho de que no exista un documento diferente al citado formulario no indica necesariamente que el actor no fue asesorado debidamente por el fondo de pensión.

Expuso que, si una persona suscribe de forma libre y voluntaria un formulario de afiliación, es porque dicha firma estuvo precedida a la correspondiente asesoría e información por parte del fondo de pensiones, de tal forma, señaló que no hubo ningún engaño para obtener su vinculación, tampoco hubo una inducción a error y la única motivación que tiene el demandante para retornar al régimen de prima media es netamente económico. Agregó que la decisión afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, en la medida en que el actor no ha contribuido a la financiación y sostenimiento del régimen de prima media desde hace más de 20 años.

Insistió en que la Ley 797 del 2003 no permite realizar traslados de regímenes a las personas que le falten menos de 10 años para adquirir la edad de pensión, ello en aras de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones. Acotó que la vinculación actual del actor al RAIS genera un perjuicio patrimonial y económico que se hace evidente con la diferencia en el valor de la mesada pensional que pudo haber recibido el actor en el RPMPD, por lo que este perjuicio debe ser reparado o indemnizado por quien lo generó, esto es, los Fondos de Pensiones codemandados.

5.2. AFP Protección S.A. En su recurso de apelación manifestó que las comisiones de administración y las primas de seguros previsionales son descuentos autorizados en la Ley 100 de 1993, la cual faculta y autoriza a las AFP realizar la deducción del 3% sobre el 16% de los aportes realizados por los afiliados al sistema general de pensiones, que se usa para cubrir los gastos de administración y pagar la prima de seguro previsional. Refirió

que la Superintendencia financiera de Colombia advierte que cuando se declara la nulidad de afiliación debe darse aplicación al artículo 7° del Decreto 3995 de 2008, que establece únicamente el traslado del dinero de la cuenta de ahorro individual. Agregó que en todo caso sobre el cobro del 3% destinado a la comisión de administración y la financiación de las primas del seguro previsional recae el fenómeno de la prescripción, toda vez que son conceptos que se van descontando la periodicidad que impone la ley y que no financian directamente la prestación económica por vejez.

6. Alegatos de conclusión. La demandada **Colpensiones** alegó en su favor que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante y la AFP, es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las codemandadas Colpensiones y AFP Protección S.A. se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 de la misma codificación.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal**: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem. Por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que el señor Víctor Gilberto González Rodríguez se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 9 de marzo de 1995, realizando cotizaciones hasta el 14 de diciembre de 1996, conforme aparece en la historia laboral expedida por la misma entidad (Expediente electrónico, PDF GRP-SCH-HL-66554443332211_1954-20210406113540); posteriormente suscribió formulario con Colmena S.A. hoy Protección S.A. el 17 de diciembre de 1996 acorde al formulario de afiliación (Expediente Electrónico, PDF 20AnexoContestaciónProtección393), además, el 1 de enero de 2002 realizó un traslado a Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías (Expediente Electrónico, PDF 20AnexoContestaciónProtección393), donde se encuentra actualmente, hecho que no fue objeto de reparo por las partes.

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP y no en el actor, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P.; en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993; y en tercer lugar, porque el literal b) del artículo 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado. La información en los términos anotados no fue brindada por parte de las AFP codemandadas, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al actor acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para

gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Igualmente, la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)".*

Adicionalmente es necesario referir que, la Sala no desconoce que para el momento en que el actor se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, las AFP sí estaban en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica.

Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información

En este punto, cabe resaltar lo adocetrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: ***"la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen"***.

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque el actor se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que

incurrió AFP Colmena hoy Protección S.A. en el año 1996, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 17 de diciembre de 1996, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

Actos de relacionamiento

Sobre esta temática, alude el fondo de pensiones que debe tenerse en cuenta “los actos de relacionamiento” de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que el actor estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Aspecto que en efecto ha sido abordado por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que “*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*”, tesitura que en nada modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado y sin que el hecho de que aquella permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Ahora bien, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por aquél a ésta a fin de que reposen en la historia laboral, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de **manera íntegra** a Colpensiones, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud

de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877/20, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

(...)

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de AFP Protección S.A. y Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías (durante el tiempo de permanencia del actor en cada AFP), con destino a Colpensiones.

De otro lado, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen

sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandados fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y demás conceptos es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de gastos de administración, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a Colpensiones las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

Ahora, teniendo en cuenta que en la parte resolutive del fallo proferido en primera instancia no se condenó de manera precisa a Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías y AFP Protección S.A. a transferir a Colpensiones gastos de administración, rendimientos, las sumas descontadas por concepto de comisiones y porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, se adicionará el fallo apelado en tal sentido. Así mismo, se ordenará que tales conceptos al momento de la devolución se realicen debidamente indexados, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 3321 del 26 de junio del 2021.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le resulte desfavorable y no fuere apelado, de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se modificará la sentencia en este tópico.

Excepción de prescripción

La acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

Costas

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de AFP Protección S.A. y Colpensiones, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados. Las de primera instancia se confirman.

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

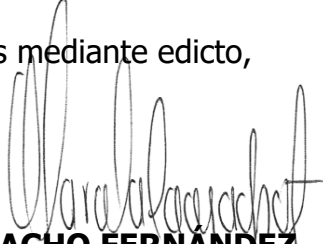
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR los numerales tercero y cuarto de la sentencia proferida el 28 de abril de 2022, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a **COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS** y **AFP PROTECCIÓN S.A.** devolver a Colpensiones gastos de administración, rendimientos, las sumas descontadas por concepto de comisiones y porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual del actor, ordenando que dichos conceptos se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de AFP Protección S.A. y Colpensiones. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de cada una de las demandadas AFP Protección S.A. y Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JORGE ERNESTO PRADA VARGAS
Demandadas: COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.
Radicado No.: 23-2020-00008-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO

Bogotá D.C., veintidós (22) de junio de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Jorge Ernesto Prada Vargas instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A. con el propósito de que se declare la nulidad del traslado y afiliación del RPMPD al RAIS y, en consecuencia, se ordene el retorno al RPMPD y a la AFP Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en la cuenta de ahorro individual; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que inició sus cotizaciones al ISS desde el 10 de julio de 1984, pero para el año 1998 un asesor de la AFP Porvenir S.A. lo persuadió con información errada y sin ningún tipo de asesoría profesional, para buscar su traslado entre regímenes. Sostuvo que nunca recibió una proyección de su pensión al cumplir la edad mínima y que presentó petición ante las demandadas solicitando el retorno al régimen de prima media con prestación definida, pero le fue negada. (Expediente Digital, PDF EXPEDIENTE DIGITAL FOLIO 01 242, págs. 2 a 36).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente Digital, PDF EXPEDIENTE DIGITAL FOLIO 01 242, págs. 245 y 246); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. Presentó contestación de la demanda con oposición a todas las pretensiones alegando que no se allega prueba alguna que permita establecer la configuración de alguna de las causales de nulidad. Refirió que el demandante en pleno uso de sus facultades de libre escogencia de régimen pensional decidió trasladarse de régimen pensional, por lo tanto, su afiliación no presenta vicios del consentimiento, además, se encuentra inmerso en la prohibición de la ley 797 de 2003. Propuso como excepciones de mérito las que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, la 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, falta de causa para pedir,

presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y genérica. (Expediente Digital, PDF CONTESTACIÓN 11001310502320200000800 JORGE ERNESTO PRADA VARGAS (1) pagenummer)

3.2. AFP Porvenir S.A. Al dar respuesta a la demanda se opuso a totalidad de las pretensiones aduciendo que la vinculación del actor con AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. en el año 1999, fue un producto de su voluntad y de su decisión libre e informada, dado que le brindó asesoría pertinente para que su decisión fuera voluntaria. Formuló las excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe. (Expediente Digital, PDF ANEXOS, págs. 341 a 364)

3.3. AFP Protección S.A. Contestó la demanda con oposición a las pretensiones de la demanda indicando que la afiliación corresponde a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; que un acto jurídico no es nulo por la favorabilidad económica del mismo; que los descuentos por pagos de gastos de administración se dio por disposición legal, válida, exequible, aplicable y vigente. En su defensa formuló como excepciones de mérito la inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, la buena fe, la prescripción, el traslado de aportes a la AFP Porvenir S.A., la de validez y eficacia del traslado entre administradoras de fondos de pensiones del RAIS, el traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFP convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se 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 (fol. 740 a 763).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 4 de marzo de 2022, en la que el fallador de primera instancia declaró que el traslado al RAIS fue ineficaz y en consecuencia de lo anterior condenó a AFP Porvenir S.A. y AFP Protección S.A. trasladar a Colpensiones todos los valores que hubieran recibido con motivos de la afiliación del actor, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por la administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de ineficacia, dineros que se devolverán de manera indexada desde la fecha de causación hasta la fecha de su pago. Así mismo, autorizó a AFP Protección S.A. efectuar descuento del dinero que transfirió a la otra AFP, con ocasión del traslado de fondo solicitado por el demandante. Por último, gravó en costas a AFP Porvenir S.A.

La decisión del Juez tuvo sustento en la Ley 100 de 1993 y las sentencias SL 4989 de 2018, SL 1452 de 2019, entre otras, señalando que es un deber de las AFP deben brindar información clara, cierta, comprensible y oportuna sobre características, convicciones, beneficios, diferencias y consecuencias sobre el cambio de régimen pensional; que en estos procesos se debe invertir la carga de la prueba a favor del afiliado, que es procedente declarar la ineficacia sin importar si se tiene o no un derecho consolidado o el beneficio de la transición; que en el presente caso no se tiene el beneficio de la transición pero podrá ser debatida la validez del acto por la falta de información; que para 1999 no se puede exigir obligaciones contundentes a las AFP respecto del deber de información que surgieron en el año 2010, pero está ya establecido el deber de información desde la Ley 100 de 1993; que las AFP no allegan el material probatorio para determinar que existió la debida información al demandante; que el formulario de solicitud es insuficiente

para cumplir con la carga probatoria del deber de información; que no se verificó confesión por parte del demandante que diera fe del conocimiento sobre la información recibida por parte de la AFP; que los llamados actos de relacionamiento no están establecidos de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia; que la devolución de los gastos de administración deberán de hacerse de manera integral de acuerdo a la jurisprudencia presentada por la Corte Suprema de Justicia, así corresponda con recursos propios de las AFP; que las pretensiones de la demanda corresponden a un estado jurídico como lo es la ineficacia, en ese sentido no hay derechos de crédito que deriven de este traslado y en consecuencia es imprescriptible.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

5.1 Colpensiones. Interpuso recurso de apelación manifestando que no se tuvo en cuenta la prohibición consagrada en la ley 100 de 1993 que impide al afiliado trasladarse previo a 10 años dentro del cumplimiento de la edad límite al pensionarse; que el actor contó con 15 años para subsanar la falta de información presentada por la AFP en el año 1999 antes de que se hiciera efectiva la prohibición de la Ley 100 de 1993; que el afiliado realiza una aprobación tácita al trasladarse a diferentes AFP dentro del mismo régimen por lo que se entiende que contó con la información suficiente para permanecer allí; que la ineficacia declarada atentaría contra la sostenibilidad del sistema; que se deben tener en cuenta las obligaciones del consumidor financiero señaladas por la Superintendencia Financiera.

5.2. AFP Porvenir S.A. Interpone recurso de apelación sosteniendo que el deber de información o la omisión del mismo no genera ineficacia, puesto que la regulación de esta se encuentra consagrada en el artículo 171 de la Ley 100 de 1993, por lo que debió acreditarse una conducta dolosa en la firma de los formularios, situación que no se dio en el presente proceso; que el perfil del demandante corresponde al de un profesional que ejerció funciones en el sector financiero; que trasladar los recursos por concepto de gastos de administración a Colpensiones constituye un enriquecimiento sin causa.

5.3. AFP Protección S.A. En su alzada argumentó que se opone al traslado de los gastos de administración por el tiempo que estuvo afiliado del demandante debido a que estos dineros ya fueron trasladados a AFP Porvenir S.A. y no se encuentra ningún recurso dentro de las arcas del fondo de pensión obligatoria con respecto de los aportes y rendimientos que hizo aquel por el tiempo que estuvo afiliado a AFP Protección S.A.; que los dineros por concepto de gastos de administración no corresponden a la financiación de la pensión de vejez del afiliado; que por el traslado de los gastos de administración a AFP Porvenir S.A. y AFP Protección S.A. tiene derecho a conservar estos gastos como restitución mutua a su favor; que estos descuentos son autorizados por la Ley 100 de 1993; que sobre los gastos de administración opera la prescripción al ser conceptos que se descuentan de la periodicidad que impone la ley y que no financia la prestación económica por vejez.

6. Alegatos de conclusión. La **AFP Porvenir S.A.** alegó en su favor que el traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Consideró que el traslado del demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los

términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las codemandadas se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 de la misma codificación.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal**: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que el señor Jorge Ernesto Prada Vargas, se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 10 de julio de 1984, con cotizaciones hasta el 30 de octubre de 1998, conforme aparece en la historia laboral expedida por la misma entidad; que el 12 de noviembre de 1998 suscribió formulario de afiliación a Horizonte Pensiones y Cesantías, posteriormente el 13 de febrero de 2022 a AFP Protección S.A., el 25 de mayo de 2004 a BBVA Horizonte Pensiones y cesantías; y el 24 de febrero de 2010 a AFP Porvenir S.A., donde actualmente se encuentra cotizando.

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP y no en el actor, en primer lugar, porque la omisión en torno

al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P.; en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993; y en tercer lugar, porque el literal b) del artículo 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1998- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de las AFP codemandadas, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al actor acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Igualmente, la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(...) las cotizaciones no son un requisito de*

validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)."

Adicionalmente es necesario referir que, la Sala no desconoce que para el momento en que el actor se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, las AFP sí estaban en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica.

Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sanea la ineficacia generada por la falta de información

En este punto, cabe resaltar lo adocetrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: ***"la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen"***.

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque el actor se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió Horizonte Pensiones y Cesantías hoy AFP Porvenir S.A. en el año 1998, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 12 de noviembre de 1998, queda sin efectos los

consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

Actos de relacionamiento

Sobre esta temática, alude los apoderados judiciales de las partes apelantes que debe tenerse en cuenta "los actos de relacionamiento" de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que el actor estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Aspecto que en efecto ha sido abordado por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que *"el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar"*, tesis que en nada modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado y sin que el hecho de que aquella permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Ahora bien, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por aquél a ésta a fin que reposen en la historia laboral, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de **manera íntegra** a Colpensiones, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al

momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877/20, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

(...)

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de AFP Protección S.A., Horizonte Pensiones y Cesantías, BBVA Horizonte Pensiones y cesantías hoy AFP Porvenir S.A. (durante el tiempo de permanencia del actor en cada AFP), con destino a Colpensiones, tal y con acierto lo determinó el juez de primer grado.

De otro lado, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandados fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y demás conceptos es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de gastos de administración, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a Colpensiones las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

Las razones expuestas son suficientes para confirmar la sentencia en este punto de apelación.

Excepción de prescripción

La acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

Costas

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de AFP Protección S.A., AFP Porvenir S.A. y Colpensiones y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados. Las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de marzo de 2022, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de AFP Protección S.A., AFP Porvenir S.A. y Colpensiones. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

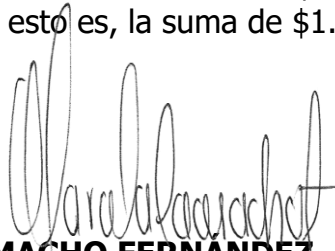


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de cada una de las demandadas AFP Protección S.A., AFP Porvenir S.A. y Colpensiones el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: RAFAEL MONOSALVA CORREDOR
Demandadas: COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.
Radicado No.: 34-2019-00452-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO

Bogotá D.C., veintidós (22) de junio de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. BELCY BAUTISTA FONSECA, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Rafael Monosalva Corredor instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A. con el propósito de que se declare la ineficacia del traslado al RAIS y, en consecuencia, se ordene a la AFP demandada trasladar a Colpensiones las cotizaciones, bonos pensiones, sumas adicionales de la aseguradora con todos los rendimientos y demás valores causados, gastos de administración debidamente indexados. Así mismo, se ordene a Colpensiones a recibirlo junto con la totalidad de ahorros, actualice la historia laboral y reconozca y pague sin solución de continuidad la pensión de vejez teniendo en cuenta las cotizaciones. Por último, pidió que se ordene a la AFP Porvenir S.A. pagar las diferencias de las mesadas que fueron pagadas y las que hubieren correspondido estando afiliado al RAIS; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que realizó aportes al ISS desde el 12 de abril de 1982 hasta el 8 de mayo de 1999 y posteriormente solicitó afiliarse al RAIS administrado por AFP Porvenir S.A., realizando cotizaciones desde julio de 1999 a la fecha. Refirió que la citada demandada no le brindó una asesoría completa, clara, ventajas, desventajas y las características del cambio de régimen, tampoco le fue informado respecto de la mesada pensional que dependía del capital que lograra acumular en su cuenta de ahorro individual (Expediente digital, PDF 01. 11001310503420190045200 (fls. 1 a 100), págs. 52 a 67).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF 01. 11001310503420190045200 (fls. 1 a 100), págs. 73 y 74); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. Presentó contestación de la demanda con oposición a todas las pretensiones señalando para tal efecto que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento. Indicó que no evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo inconformidad por parte del demandante cuando realizó el traslado, además, aquella no cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010 y se encuentra inmerso en la prohibición de la Ley 797 de 2003. Como excepciones de mérito propuso las que denomino 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 y genérica. (Expediente digital, PDF 01. 11001310503420190045200 (fls. 1 a 100), págs. 85 a 119).

3.2. AFP Porvenir S.A. Al dar respuesta a la demanda se opuso a totalidad de las pretensiones aduciendo que el traslado realizado fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada del actor, la cual se ratifica en tanto que aquella realizó aportes de manera voluntaria y continua por más de 20 años. Refirió que la Superintendencia Financiera de Colombia en Concepto del 17 de enero de 2000 indicó que en los eventos de proceder la nulidad o ineficacia del traslado las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado sin que proceda la devolución de la prima de seguro provisional ni comisiones de admiración, ya que estos últimos no pertenece al afiliado. En su defensa propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica. (Expediente digital, PDF 05. Contestación PORVENIR (fls. 148 a 259)).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 10 de junio de 2021, en la que el fallador de primer grado declaró nula la afiliación al RAIS y, en consecuencia, ordenó a AFP Porvenir S.A. a reintegrar a Colpensiones todos los valores que ha recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado; y a Colpensiones a recibir todos los valores que reintegre la administradora de fondos de pensiones, así mismo, condenó a la AFP Porvenir S.A. en costas procesales.

Para arribar a tal decisiva se remitió inicialmente al contenido del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que otorgó la facultad a los afiliados de acogerse a un régimen pensional, siempre y cuando su decisión esté basada en la libertad de elección. Dijo que el papel fundamental que desempeñan las administradoras de fondos de pensiones en cuanto al manejo del sistema de Seguridad Social y respecto a lograr una adecuada asesoría a sus afiliados, de manera que la simple manifestación genérica aceptación de las condiciones no son suficiente y por ende corresponde dar cuenta que actuó diligentemente en los términos del artículo 1604 del Código Civil. Significó que la AFP Porvenir S.A. omitió el deber de suministrar información suficiente para que el demandante tomará una decisión de traslado de régimen.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

5.1. Colpensiones. Manifestó que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento, de manera que declarar la nulidad del traslado del hoy demandante conlleva a traer consecuencias que afectan su patrimonio, pues debe tener en cuenta el pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia C 242 de 2009, respecto del

tema de sostenibilidad financiera del sistema pensional y en concordancia con el artículo 48 de la Constitución nacional, adicionado por el Acto Legislativo 1 del 2005, debe primar el principio del interés general frente al interés particular. Refirió que el demandante no está exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio del régimen de pensión.

5.2. AFP Porvenir S.A. En su alzada refirió que al momento de la decisión de traslado, brindó información clara, a tal punto que el actor suscribió formulario de forma consciente, sin presiones y engaños. Agregó que la Ley 100 de 1993 indica respecto a la voluntad que deberá dejarse por escrito en el formulario afiliación, por manera que aquel documento acredita la voluntad del demandante, lo cual conllevó a que aceptará las implicaciones y características del régimen de ahorro individual.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que la sentencia de primera instancia se alinea con los precedentes de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre los procesos de ineficacia de traslado pensional, razón por la cual debe ser confirmada.

6.2. AFP Porvenir S.A. Refirió que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz.

Indicó que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa administrativa impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss. conduce a que este acto goce de plena validez.

6.3. Colpensiones. En su escrito de alegaciones esgrimió que al momento de la solicitud del retorno al RPM, el actor en una prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, además, que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que este en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo), en tanto que se está frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado con el fondo de pensiones, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen

de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021, por ende habrá de modificarse la decisión para en su lugar declarar la ineficacia del traslado.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que el señor Rafael Monsalve Corredor, se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 19 de abril de 1993, con cotizaciones hasta el 30 de junio de 1999, conforme aparece en la historia laboral expedida por la misma entidad (Expediente digital, PDF GRP-SCH-HL-66554443332211_1589-20190905102547); que desde el 30 junio de 1999, se trasladó a AFP Colpatria y a partir del 29 de septiembre de 2000 se trasladó a la AFP Horizonte, entidades que fueron fusionadas con la AFP Porvenir S.A., por tanto, donde actualmente el actor mantiene su vinculación (Expediente digital, PDF 05. Contestación PORVENIR (fls. 148 a 259)).

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una

decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1999- la CSJ ha señalado que la AFP debía hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al actor acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al promotor del litigio información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de la AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancia pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se le debe indicar a la AFP respecto a su argumento dirigido a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Necesidad de ser beneficiario del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional

Respecto al tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiario del régimen de transición o tener una expectativa legítima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que la CSJ tiene sentado, entre otras, en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento al actor, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Actos de relacionamiento

Sobre esta temática, debe tenerse en cuenta “los actos de relacionamiento” de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que el actor estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Aspecto que en efecto ha sido abordado por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que *“el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar”*, tesis que en nada modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado y sin que el hecho de que aquella permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL 4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (CSJ SL 2208-2021).

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por AFP Porvenir S.A., pues es claro procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, como acertadamente lo indicó el A quo en sus consideraciones.

De otro lado, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: *"...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces"* (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y demás conceptos es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Ahora, teniendo en cuenta que en la parte resolutive del fallo proferido en primera instancia no se condenó a la AFP Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones las sumas descontadas por concepto del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, así como comisiones, se adicionará el fallo apelado en tal sentido. Además, se ordenará que la citada demandada devuelva los gastos y comisiones cobradas por las AFP Colpatria y Horizonte durante el tiempo de permanencia del actor en cada una. Finalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por el A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 3321 del 26 de junio del 2021.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le resulte desfavorable y no fue apelado, de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se modificará la sentencia en este tópico.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

Costas

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A., por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados. Las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

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

RESUELVE

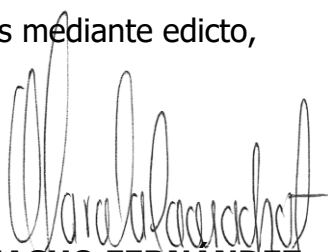
PRIMERO: MODIFICAR el numeral 1º de la sentencia proferida el 10 de junio de 2021 por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará de la siguiente manera:

"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado del RPMPD al RAIS efectuada por el señor RAFAEL MONOSALVA CORREDOR a través de COLPATRIA, hoy AFP PORVENIR S.A."

SEGUNDO: ADICIONAR al numeral segundo de la sentencia consultada y apelada, y, en consecuencia, **ORDENAR a AFP PORVENIR S.A.** devolver a Colpensiones las comisiones y el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual del actor, así mismo, los gastos administrativos en los que se deben incluir los mismos porcentajes que se hicieron alusión y las comisiones cobradas por las AFP Colpatría y Horizonte durante el tiempo de permanencia del actor en cada una; ordenando que dichos conceptos, así como los demás ordenados por el A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

TERCERO: CONDENAR en COSTAS en esta instancia en favor del demandante y a cargo de AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



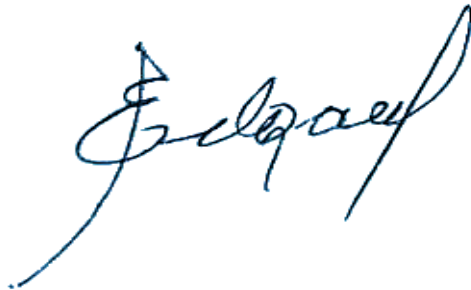
DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de cada una de las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: RAMÓN OBDULIO DELGADO ORTIZ
Demandada: MANUFACTURAS DELYMP S.A.S EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL
Radicado No.: 21-2021-00186-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO- APELACIÓN DE SENTENCIA- CONFIRMA

Bogotá D.C., veintidós (22) de junio del dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Ramón Obdulio Delgado Ortiz instauró demanda ordinaria contra Manufacturas Delymp S.A.S en Liquidación Judicial, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, que tuvo vigencia entre el 19 de febrero de 2019 al 13 de enero de 2020 y fue finalizado sin justa causa por el empleador. Como consecuencia de ello, pidió el pago de salarios insolutos, cesantía y sus intereses, prima de servicios, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, indexación y costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el 19 de febrero de 2019 suscribió un contrato de trabajo a término indefinido, para desempeñar el cargo de director administrativo y financiero, el cual fue terminado el 13 de enero de 2020 sin justa causa. Refirió que el último salario que devengó correspondió a la suma de \$4.700.000, además, que a la finalización del vínculo laboral la empleadora le adeuda salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos atrás referidos. (Expediente electrónico, PDF 04SubsanciónDemanda, págs. 5 a 15).

2. Contestación de la demanda. Al momento de recorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas. Frente a los supuestos fácticos aceptó los enlistados en los numerales 1° a 9° y 12°, relacionados con la existencia de la relación laboral, cargo, último salario devengado, terminación sin justa causa del contrato de trabajo, además, que a la fecha debe prestaciones sociales, salarios e indemnización por despido sin justa causa al actor.

Frente a los demás señaló no constarle, así mismo, aclaró que el actor además de haber desempeñado funciones de director administrativo y financiero, también ejerció como representante legal suplente e indicó que se encontraba en dificultad económica que imposibilitó cumplir con sus obligaciones, a lo que sumó que la finalización del nexo laboral tuvo como fin reducir gastos económicos y cumplir con el proceso de reorganización en que se encontraba en términos de la Ley 1116 de 2006. Formuló las excepciones de mérito que denominó buena fe y genérica.

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 11 de mayo del 2022, en la que la falladora declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido y, en consecuencia, condenó a la enjuiciada a pagar salarios, cesantía y sus intereses, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria de periodo comprendido entre el 16 de enero de 2020 al 14 de abril de 2022 y costas del proceso. Así mismo, autorizó descuento por la suma de \$328.478, sobre las anteriores sumas.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, se propuso verificar entre otras cosas, si se debe condenar a la encartada al pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., por el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales que aceptó la empleadora no han sido solucionadas al trabajador. Con tal propósito, indicó que no existía discusión en torno a la existencia de la relación laboral, extremos temporales, tampoco que a la fecha de su terminación la demandada adeuda, además de la indemnización por despido sin justa causa, las citadas acreencias laborales al actor.

Conforme a lo anterior, dijo que dada la naturaleza condenatoria de la señalada sanción moratoria y en armonía a la jurisprudencia de la máxima Corporación, debía revisar cuidadosamente si la falta de pagos salarios y prestaciones sociales el empleador ha actuado de buena fe o si por el contrario hubo ausencia de esta. Así, sostuvo que la enjuiciada no canceló a la finalización del laborío las citadas acreencias laborales y aunque aquella adujo que su conducta estuvo ceñida a la buena fe, la misma Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la sanción no puede eludirse por virtud de que la empresa se encuentre en dificultades económicas, aspecto que también ha sido decantado por este Tribunal.

Conforme a lo anterior, consideró que la parte pasiva no puede excusarse por el hecho de haberse envuelto a un proceso de reorganización y a la dificultad económica a la que se vio compelida, para no proceder al pago de salarios y prestaciones sociales, máxime que cuando fue contratado el actor, la situación económica la tenía que haber previsto desde el mismo momento en que fue iniciado el proceso de reorganización, de allí que tales aspectos le imponían condenar al pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. (Expediente electrónico, audio 15Audiencia20220511)

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte demandada formuló recurso de apelación argumentando que actuó de buena fe en todo momento, dado que la vinculación de aquel fue con el único objetivo de encontrar conocimientos técnicos y especializados para poder salir de forma positiva frente a la etapa de reorganización en que se encontraba, la cual no fue posible. (Expediente electrónico, audio 15Audiencia20220511)

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Demandante. Solicitó que se confirme en su totalidad la sentencia de primer grado, dado que aplicó en debida forma la ley sustancial y procedimental, así como la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

5.2. Demandada. En su escrito de alegaciones esgrimió que no puede ser condenada al pago de ninguna sanción moratoria, dado que actuó de buena fe y la crisis económica por lo que atraviesa.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de

consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**: ¿Erró la cognoscente de primer grado al condenar al pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, cuando es evidente la existencia de buena fe de la empleadora en sus actuaciones frente al actor?

Relación laboral

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia del contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 19 de febrero de 2019 al 13 de enero de 2020, tampoco la labor desempeñada por el trabajador, ni que devengaba como último salario la suma de \$4.700.000. No se discute igualmente que a la finalización del nexo contractual se adeudan prestaciones sociales, salarios, vacaciones e indemnización por despido sin justa causa. Inferencias que sin duda no fueron recurridas por las partes.

Indemnización moratoria

Sentado lo anterior y en lo atinente a la indemnización moratoria, aduce el recurrente que como empleador actuó de buena fe al abstenerse de cancelar las prestaciones sociales y salarios a la finalización del vínculo laboral, en tanto estimó que se encontraba atravesando un difícil estado económico para dicha calenda, situación que, contrario a lo dicho por la A quo, si prescinde del pago de la indemnización moratoria del que trata el artículo 65 del C.S.T.

En lo atinente a este reproche cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, una indemnización moratoria. En relación con la indemnización en mención, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia bajo el radicado 32529 del 5 de marzo del 2009 ha explicado que la misma no es una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actuó de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que no existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe al no cancelar salarios y prestaciones sociales al finiquito de la relación laboral, de allí que le asista razón a la sentenciadora de primer grado al considerar que había lugar a su condena, toda vez que el deudor moroso no demostró que su obrar hubiese estado ceñido a la buena fe, pues, sobre este tópico ningún medio de prueba arrió.

Lo anterior, porque contrario a lo esgrimido por la censura, si bien se indicó que para el momento en que feneció el vínculo laboral con el actor se encontraba en incapacidad de

pagar las prestaciones sociales dado a que se encontraba atravesando una deficiencia económica y ante un proceso de reorganización, la conclusión no sería distinta, pues es claro que tal circunstancia no la exime automáticamente de la indemnización moratoria, en tanto que, como ya advirtió la Sala de Casación Laboral de la CSJ, *"aun encontrándose en esa situación, sus representantes pueden ejecutar actos ausentes de buena fe por no pagar los salarios y las prestaciones sociales debidas a la terminación del vínculo laboral y en razón de contar con medios para prevenir ese riesgo."*(SL16884-2016)

De ahí que no sea factible predicar la buena fe de la sociedad demandada, como lo pretende la recurrente, pues si bien es cierto, la situación financiera la conllevó a la apertura de reorganización empresarial, no es menos cierto que, para la fecha de contratación laboral del actor, la empresa ya se encontraba en dicho proceso, de manera que ante tal vinculación debió prever la solución efectiva de las acreencias laborales del actor, circunstancia que obvió, dejando en evidencia que su intención no fue la de pagar salarios y prestaciones sociales de su trabajador, demostrándose con ello, una conducta desprovista de buena fe.

De tal suerte, conforme se ha reseñado en precedencia, considera esta Sala que le asiste razón a la sentenciadora de primer grado al imponer su condena, pues es evidente que no existe elemento de persuasión indicativo de que la conducta del empleador fue provista de buena fe para no haber sido pagadas las prestaciones sociales y salarios a la finalización del vínculo laboral que ató a las partes, toda vez que las razones dadas por la encartada lejos están de tenerse en cuenta para los efectos que pretende.

Con todo lo anterior, no se observa el yerro atribuido a la decisión que tomó la A quo, lo que lleva a esta Sala sin mayores consideraciones a confirmar su decisoria.

Costas

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Manufacturas Delymp S.A.S en Liquidación Judicial y a favor del actor, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

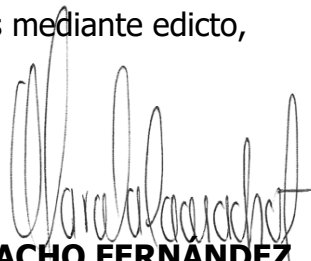
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de mayo del 2022, por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia en favor de la parte demandante y a cargo de Manufacturas Delymp S.A.S en Liquidación Judicial. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

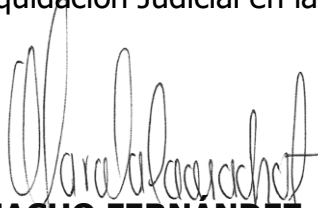


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de Manufacturas Delymp S.A.S en Liquidación Judicial en la suma de \$500.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JOSEFINA INÉS AWAD LÓPEZ
Demandadas: COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.
Radicado No.: 37-2019-00850-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

Bogotá D.C., veintidós (22) de junio de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Josefina Inés Awad López instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A. con el propósito de que se declare que la AFP codemandada incumplió con el deber legal de información al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva del traslado de régimen, por tanto, es ineficaz la afiliación al RAIS. En consecuencia, se condene a la AFP Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad el capital de su cuenta de ahorro individual como rendimientos, bonos o títulos pensionales, gastos de administración y comisiones con cargo de sus propias utilidades; a Colpensiones activar la afiliación de pensión y recibir la totalidad de aportes; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que inició realizando aportes al RPMPD a través de la Caja de Previsional Social Municipal en el año 1990, cotizando 141 semanas. Refirió que suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir S.A. el 27 de abril de 1994 y posteriormente regresó al ISS el 6 de abril de 1995, sin embargo, el 28 de mayo de 2005 y 11 de diciembre de 2008 retornó a la AFP Horizonte y AFP Porvenir S.A. respectivamente, afiliación que se dio en su lugar de trabajo mediante un asesor comercial, quien le aseguró una mejor mesada pensional. Esgrimió que AFP Porvenir S.A. no le brindó ningún asesoramiento ni información suficiente para prever las consecuencias futuras que acarrea el cambio de régimen del RPM administrado por el ISS al RAIS, omitiendo información completa y clara sobre los efectos y consecuencias de su traslado de régimen pensional. (Expediente electrónico, PDF 1. Escrito demanda, págs. 2 a 12)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 8. Notificación andje); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. Presentó contestación a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando que la demandante se trasladó de régimen pensional, con pleno conocimiento, sin que concurrieran causales de nulidad que invaliden el acto jurídico celebrado. Refirió que no hay prueba alguna que permita establecer la existencia de causales de ineficacia, por lo tanto, el deber de información se cumplió a lo largo de

los traslados horizontales efectuados en el RAIS, máxime cuando es evidente que la afiliación fue libre y voluntaria y, con el cumplimiento de los requisitos legales que existían en el momento del traslado. Como excepciones de mérito formuló 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 y genérica. (Expediente electrónico, PDF 6. Memorial)

3.2. AFP Porvenir S.A. Al dar respuesta a la demanda se opuso a totalidad de las pretensiones aduciendo que la afiliación realizada en el año 1994, fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del C.P.T. y de la S.S. Acotó que siempre brindó información clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, además, la actora realizó aportes de manera voluntaria y continua por más de 25 años, por lo cual no existe vicios en el consentimiento. En su defensa formuló las excepciones de fondo de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica. (Expediente electrónico, PDF 10. Contestación)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 18 de febrero de 2022, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales que efectuó la actora el 27 de abril del año 94 y por tanto válida su afiliación en el RPMPD. Así las cosas, condenó a AFP Porvenir S.A., a transferir a Colpensiones todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con el reconocimiento de rendimientos financieros, costos que se hubieren cobrado por administración y costas procesales.

Para arribar a tal decisiva citó las sentencias SL1452, SL1688 y SL1689 de 2019, para precisar que desde la Ley 100 de 1993 quedó determinado la obligación de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, pues solo puede entenderse que se toma una decisión libre y voluntaria cuando en forma precedente se ha informado de las condiciones para tomar la decisión, consistente en la ilustración de las características, condiciones, acceso a efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, que incluye dar a conocer el régimen de transición y eventual pérdida de beneficios pensionales. Refirió que el formulario de afiliación no es prueba suficiente para acreditar el cumplimiento del deber de información, pues el mismo puede colegirse la voluntad del afiliado, pero no puede determinar si fue debidamente informado. De tal manera, coligió que no se encuentra acreditado tal deber, lo que le imponía acceder a las pretensiones de la demanda.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

5.1. Colpensiones. Interpuso recurso de apelación sobre la sentencia que ha sido proferida en primera instancia, aduciendo que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante se puede extraer que la actora firmó libre y voluntariamente los formularios de afiliación a la AFP Porvenir S.A., por lo tanto, no hubo presión ni coacción por parte de sus empleadores que incidieran en su voluntad. Refirió que las administradoras de pensiones no desconocen su deber de información, pero dicho deber se intensifica con la expedición de la Ley 1328 de 2009, donde la información se convierte en un deber de asesoría y buen consejo, de allí que no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen.

Expuso que la demandante con el presente proceso aspira a beneficiarse de su falta de diligencia, pues también era deber de ella como consumidora financiera verificar la información o vinculación que tenía, máxime cuando duró más de 15 o 20 años, ratificando su decisión de estar en el régimen de ahorro individual con solidaridad, realizando actos de relacionamiento o actos de ratificación como lo fueron sus diferentes traslados horizontales en la misma AFP. Por último, sostuvo que el principio de sostenibilidad financiera contemplada en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo primero del acto legislativo 012 de 2005 se encuentra quebrantado, pues la decisión impacta en la reserva pensional.

5.2. AFP Porvenir S.A. En su alzada refirió que no era obligatorio para el fondo de pensiones validar o presentar un documento diferente o adicional al formulario afiliación, teniendo en cuenta la Circular 19 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia. Insistió en que cumplió con la totalidad de las obligaciones a su cargo, además, que la demandante dejó en evidencia que decidió voluntariamente cambiarse entre fondos de pensiones, quien contó con la oportunidad de trasladarse nuevamente en los términos de la Ley 797 al 2003, antes de que le faltarán los 10 años o menos para arribar a la edad mínima de pensión. Refirió que, si se declarara la ineficacia del traslado, todo se debe retrotraer a su estado inicial, por manera que no entiende del porque debe realizarse la devolución de gastos de administración y rendimientos si ninguno de estos dos se hubiesen podido llegar a causar.

Agregó que de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en el régimen de prima Media se destina el 3% de las cotizaciones a financiar gastos de administración y pensiones invalidez y sobrevivencia, gastos que no forman parte integral de la pensión vejez, de allí que la Superintendencia Financiera de Colombia indicara en el año 2020 que en los eventos en que proceda la ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta del afiliada, sin que proceda la devolución de prima de seguros provisionales. En todo caso, dijo que debe declararse la prescripción respecto de los gastos de administración, primas de seguros o cualquier otra suma diferente al capital y rendimientos de la cuenta individual de la afiliada.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que el fondo de pensiones demandado no logró acreditar el cumplimiento de su deber profesional y legal de brindar una adecuada información y asesoría a la demandante, en el momento previo a su traslado de régimen pensional.

6.2. AFP Porvenir S.A. Refirió que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz.

Indicó que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección de la afiliada, se haría acreedor a una multa administrativa impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss. conduce a que este acto goce de plena validez.

6.3. Colpensiones. Esgrimió que la demandante, se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado establecida en la Ley 797 de 2003, deviene entonces la imposibilidad de trasladarse de régimen, según la normativa citada. Además, el traslado efectuado ante la AFP privada goza de plena validez y no puede ahora la demandante utilizar su propia culpa para beneficiarse de ella.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora Josefina Inés Awad López se afilió a la Caja de Previsión Social Municipal el 4 de junio de 1990 (Expediente electrónico, PDF 1. Escrito demanda, pág. 31); posteriormente, suscribió formulario con AFP Porvenir S.A. el 27 de abril de 1994 (Expediente electrónico, PDF 1. Escrito demanda, pág. 27), vinculándose al ISS mediante la firma de formulario "Solicitud Vinculación" el 6 de abril de 1995 (Expediente electrónico, PDF 1. Escrito demanda, pág. 28). Así mismo, se evidencia que la actora regresó firmó formulario de afiliación con BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías el 28 de junio de 2005 y con posterioridad a AFP Porvenir S.A. el 11 de diciembre de 2008, donde se encuentra actualmente según su historia laboral de cotizaciones (Expediente electrónico, PDF 1. Escrito demanda, págs. 29 y 30).

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994- la CSJ ha señalado que la AFP debía hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario**

previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda pre-impresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la promotora del litigio información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de la AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancia pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se le debe indicar a la AFP respecto a su argumento dirigido a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Necesidad de ser beneficiario del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional

Respecto al tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiaria del régimen de transición o tener una expectativa legítima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que la CSJ tiene sentado, entre otras, en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada no se exige que al tiempo del traslado la usuaria cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento a la actora, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Actos de relacionamiento

Sobre esta temática, debe tenerse en cuenta “los actos de relacionamiento” de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que la actora estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Aspecto que en efecto ha sido abordado por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que “*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*”, tesis con la cual en el caso concreto aquí estudiado, en nada modifica la decisión de instancia al respecto, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores de la afiliada y sin que el hecho de que aquella permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL 4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (CSJ SL 2208-2021).

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por el apoderado de la AFP Porvenir S.A., pues es claro procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, como acertadamente lo indicó el A quo en sus consideraciones.

De otro lado, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: *"...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces"* (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria a la demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y demás conceptos es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Ahora, teniendo en cuenta que en la parte resolutive del fallo proferido en primera instancia no se condenó a la AFP Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones las sumas descontadas por concepto del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, así como comisiones, se adicionará el fallo apelado en tal sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por el A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 3321 del 26 de junio del 2021.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones en lo que le resulte desfavorable y no fuere apelado, de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores*

en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus”, por tanto, se modificará la sentencia en este tópico.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

Costas

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de AFP Porvenir S.A. y Colpensiones y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

DECISIÓN

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

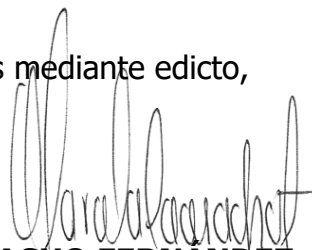
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral segundo de la sentencia proferida el 18 de febrero de 2022, por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a **AFP PORVENIR S.A.** devolver a Colpensiones las comisiones, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la actora, ordenando que dichos conceptos, así como los demás ordenados por el A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



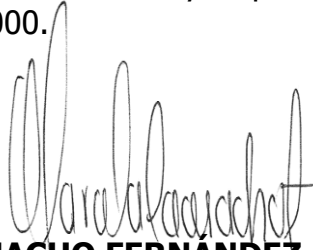
ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

Magistrado

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de cada una de las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada