

República de Colombia

Libertad y Orden

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

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE INGRID ANDREA BAQUERO PINEDA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, Y LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR.

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:**ANTECEDENTES**

Pretende la señora **INGRID ANDREA BAQUERO PINEDA**, se **declare** la ineficacia de su traslado del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) efectuado el 30 de enero de 1995, a través de la AFP Porvenir, y posteriormente a la AFP Protección. En consecuencia, se **ordene** a Protección, y a Porvenir trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero que se encuentre depositado en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales; se **ordene** a Colpensiones recibirla en el RPM sin solución de continuidad, al pago de las costas y se haga uso de las facultades ultra y extra petita.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 6- 20 archivo 1 exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 10 de enero de 1966; que se afilió al RPM donde aportó 88,43 semanas, pero que el 30 de enero de 1995, se trasladó del RPM al RAIS a través de una afiliación con la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A.; que

posteriormente se vinculó a la AFP Protección S.A., entidad a la cual se encuentra afiliada en la actualidad; que la vinculación con Horizonte no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de esa AFP, pues esta se destacó por su indebida y nula información, ya que no le explicaron las ventajas y desventajas que implica el traslado de régimen pensional; que no le informaron la posibilidad de regresar al RPM antes de que le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad de pensión; y que el 17 de diciembre solicitó ante Porvenir y Protección la nulidad del traslado, y el 21 del mismo mes y año realizó esa misma petición ante Colpensiones.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **AFP PROTECCIÓN S.A.**, contestó (f.º 158-177 archivo 1 exp. Digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, su vinculación al ISS y las semanas allí aportadas, que se encuentra activa en esa AFP en virtud de un formulario de afiliación suscrito el 15 de julio de 1998; que solicitó la nulidad del traslado; frente a los demás, refirió que no le constaban por corresponder a otra entidad, o que no eran ciertos y aclaró que en el formulario de afiliación se había dejado plasmado que esa decisión había sido libre y voluntaria, y que previo a ella le habían entregado la suficiente ilustración para que optara por ese régimen.

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

COLPENSIONES contestó (f.º 260-266 archivo 1 exp. Digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó que la demandante estuvo vinculada al ISS y las semanas allí aportadas; que agotó la reclamación administrativa; frente a los demás, señaló que no le constaban por ser situaciones ajenas a esa entidad. Propuso como excepciones de mérito, las de prescripción, caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y de título para pedir y la declaratoria de otras excepciones.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (f.º 346-369 archivo 1 exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante; que la actora se trasladó al RAIS a través de Porvenir mediante formulario suscrito el 12 de abril de 1994, posteriormente a

Horizonte hoy Porvenir el 16 de marzo de 1995; frente a los demás, señaló que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos, y aclaró que le brindó a la demandante una información clara, necesaria y oportuna acerca de las obligaciones y derechos respecto del traslado al RAIS, entre ellas, las limitaciones temporales que la misma tenía para trasladarse entre regímenes, y que con base en ello pudo tomar una decisión libre y voluntaria conforme sus preferencias pensionales, que además le informó que podía pensionarse a la edad que escogiera siempre y cuando el capital acumulado en el cuenta de ahorro individual le permitiera obtener una mesada pensional superior al 110% de un SMMLV, indicándole las características propias del RAIS, tales como la existencia de excedentes de libre disponibilidad, la devolución de saldos, heredar el capital de la cuenta en caso de fallecer sin beneficiarios, la pensión de garantía mínima, entre otros.

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

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, remitió el proceso al Juzgado Primero Laboral Transitorio de Bogotá D.C., en virtud del acuerdo PCSJA21-11766 del 11 de marzo de 2021, quien mediante sentencia del 7 de julio de 2021 (archivo 7-8 exp. Digital), resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora INGRID ANDREA BAQUERO PINEDA, identificada con C.C N.º 51.799.771, del régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones al de Ahorro Individual con solidaridad a través de la AFP ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., y por ende el efectuado con posterioridad a la AFP PROTECCION, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante INGRID ANDREA BAQUERO PINEDA, identificada con C.C. N.º 51.799.771, al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de pensiones-Colpensiones, como si nunca se hubiera trasladado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada AFP PROTECCION S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora INGRID ANDREA BAQUERO PINEDA, identificada con C.C. N.º 51.799.771, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARARNO PROBADAS LAS EXCEPCIONES PROPUESTA POR LA PASIVA.

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

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

Fundamentó su decisión, en que se acogía a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que en síntesis planteaba las siguientes reglas: *i)* que cuando no se demuestra que el traslado de régimen pensional estuvo precedido del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP, este resultaba ineficaz; *ii)* que la simple firma del formulario de vinculación no le daba validez al traslado y que las leyendas preimpresas en él no son suficientes para dar por demostrado el deber de información; *iii)* que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; *iv)* que la carga de demostrar que cumplió con el deber de información y de conservar las pruebas que así lo acrediten es de las AFP; *v)* que el traslado del RPM al RAIS afectado por el incumplimiento en el deber de información no se convalida con los traslados horizontales entre AFP; y *vi)* que no es necesario que el afiliado demuestre ser beneficiario del régimen de transición o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado.

Indicó, que la demandante había estado afiliada al ISS, y que el 12 de abril de 1994, se firmó un formulario de vinculación con Porvenir; no obstante, en el informe de Asofondos solo se constata el traslado que se hizo a Horizonte hoy Porvenir el 30 de enero de 1995, lo que también se corroboró con la historia laboral de Colpensiones donde se hicieron aportes hasta diciembre de 1994, por lo que tomaría como traslado efectivo al RAIS el realizado con Horizonte el **30 de enero de 1995**.

Expuso, que Porvenir no allegó ningún elemento de prueba que avalara lo expuesto en su contestación de demanda frente a que, sí cumplió con su deber de información, pues el formulario de afiliación de ninguna manera acreditaba que tipo de información se le había suministrado a la actora en 1995; que la demandante en su interrogatorio de parte fue conteste en manifestar que no recibió información completa y clara por parte del asesor de Horizonte; por ende, concluyó que Porvenir no probó que hubiese ilustrado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos

de cada uno de los regímenes pensionales, lo que traía como consecuencia que el traslado realizado a Horizonte en 1995, fuera ineficaz.

Finalmente, solo condenó a Protección a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora INGRID ANDREA BAQUERO PINEDA, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PROTECCIÓN S.A.**, interpuso recurso de apelación de manera parcial solo frente a la devolución de los gastos de administración lo que incluye las comisiones por administración y las primas de los seguros previsionales, argumentando que este descuento se encuentra autorizado por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993; además, que tuvo como fin la buena administración del capital de la demandante, gestión que se podía evidenciar en los estados financieros de su cuenta, y que estos dineros no se podían retornar a Colpensiones, porque ya fueron causados, trayendo a colación la teoría de las restituciones mutuas; que frente al descuento del 3% para gastos de administración, operaba la prescripción, porque era un concepto de tracto sucesivo, que no financiaba la pensión de vejez.

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación de manera parcial con el fin de que la condena impuesta Protección, se hiciera extensiva también a Porvenir S.A., toda vez que esta última ejerció la administración de los recursos de la actora durante el tiempo que estuvo afiliada a esa AFP. Agregó que los dineros que se deben retornar a Colpensiones deben ser indexados.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. y

posteriormente a otras AFP, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto, no es materia de discusión que: *i)* la señora INGRID ANDREA BAQUERO PINEDA se afilió al ISS donde aportó desde 19 de abril de 1991, hasta el 20 de diciembre de 1994, un total de 88,43 semanas (Carpeta exp. Administrativo); *ii)* que el **30 de enero de 1995**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Horizonte hoy Porvenir S.A. (f.º 180 archivo 1 exp. Digital); y *iii)* que el 15 de julio de 1998, se trasladó a la ING hoy Protección (f.º 178 y 180 archivo 1 exp. Digital), AFP en la que se encuentra actualmente.

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

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

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

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la

entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

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

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

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

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

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –30 de enero de 1995-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «libre y voluntariamente» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo

cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Porvenir suscrito el 30 de enero de 1995, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, como en el *sub lite* que la actora pasó de Horizonte a ING hoy Protección, o porque le realizaron una reasesoría, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen,

precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, **debidamente indexados** y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

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

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

PRESCRIPCIÓN

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

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

COSTAS

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral Transitorio de Bogotá D.C., únicamente en el sentido de **CONDENAR:**

- A la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte

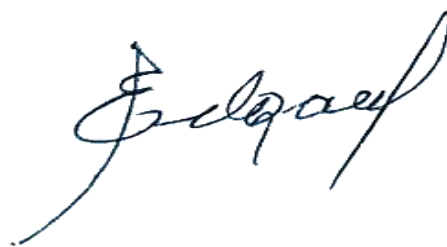
de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliada a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

- A la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación de la demandante INGRID ANDREA BAQUERO PINEDA, desde el 1° de septiembre de 1998 en adelante, esto es, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

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



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: ADRIANA VILLAMIL CASTELLANOS
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y AFP COLFONDOS S.A.**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:**ANTECEDENTES**

Pretende la señora **ADRIANA VILLAMIL CASTELLANOS**, se **declare** la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada el 13 de septiembre de 1999, al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Colfondos S.A., se declare que la única afiliación válida al sistema de pensiones es la efectuada al ISS hoy Colpensiones, se ordene a Colfondos S.A. a trasladar con destino a Colpensiones el monto total de los aportes acreditados en la cuenta de ahorro individual, se condene al pago de costas y agencias en derecho (f° 2).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 3-4), señaló en síntesis que nació el 27 de julio de 1967; que inició su vida laboral cotizando a la Caja de Previsión Social Distrital desde el 19 de agosto de 1992 al 31 de enero de 1994 a través de su empleador Secretaría de Salud de Bogotá, que para el 1° de abril de 1994 se encontraba inactiva; que nuevamente comenzó a efectuar cotizaciones al ISS el 1° de abril de 1997 realizando aportes hasta el 30 de junio de 1999.

Agregó, que el 13 de septiembre de 1999 suscribió formulario de traslado con la AFP Colfondos, oportunidad en la cual no recibió asesoría alguna por parte de dicho fondo, no le informaron las condiciones y requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en dicho régimen, no le informaron que la fecha de redención de su bono pensional sería al cumplimiento de sus 60 años de edad, no le informó sobre la diferencia en la distribución de las cotizaciones realizadas al régimen de ahorro individual; tampoco le manifestó que a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, podía regresar al régimen de prima media.

Sostuvo que ha cotizado 980 semanas en el RAIS; que mediante escrito del 4 de marzo de 2019, solicitó ante Colpensiones el traslado de los aportes, solicitud que fue negada; el 4 de abril 2019 solicitó ante ambos fondos comité de multivinculación el cual fue negado.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones contestó (f°47-52), oponiéndose a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los supuestos fácticos en los que estas se fundamentan, aceptó la edad de la demandante, aportes efectuados por ella a dicho fondo, solicitud que presentó ante la entidad y negativa; propuso como excepciones de fondo prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, y declaratoria de otras excepciones.

Colfondos S.A. Contestó (f° 46), allanándose a la demanda; no se opuso a las pretensiones; y propuso como excepción de fondo condena en costas al no presentar oposición.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 28 de junio de 2021 (CD f° 72), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia en sentido estricto de la relación jurídica de afiliación y de cotización de la demandante **ADRIANA VILLAMIL CASTELLANOS** celebrada con la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS** el 13 de septiembre de 1999.

SEGUNDO: CONDENAR a **COLFONDOS S.A.** siendo el último fondo, a la devolución de saldos, aportes, rendimientos, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, de la cuenta de ahorro individual de la demandante **ADRIANA VILLAMIL CASTELLANOS**, con destino a **COLPENSIONES**.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la demandante y a recibir el monto de los aportes, saldos, rendimientos y gastos de administración ordenados en el numeral anterior, sin reconocimiento al régimen de transición al no tener derecho alguno sobre el particular.

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas **COLPENSIONES** y **COLFONDOS** de las demás súplicas de la demanda.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por **COLPENSIONES** y **COLFONDOS**.

SEXTO: SIN CONDENA EN COSTAS, en la instancia.

[...]

Fundamentó su decisión, manifestó que los hechos de la demanda se encontraban acreditados con las documentales obrantes dentro del expediente; en cuanto a la selección inicial, movilidades, vicisitudes o traslados se aplicaban sobre la base el principio de libre escogencia que establece el literal b.) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; evidenciado que en el presente caso la discusión radicaba frente a la prohibición que trata dicho artículo, respecto de los afiliados que no pueden retornar al régimen de prima media o cambiar de régimen cuando se les faltará 10 años o menos para cumplir la edad mínima.

Hizo referencia a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia respecto de la validez del traslado; esto es, nulidad por vicios del consentimiento o por falta de información; respecto del primero, indicó que no se evidenció dentro del plenario ningún vicio del consentimiento por error, fuerza o dolo y en relación al segundo, se tenía que las administradoras de fondos de pensiones tienen la obligación desde la Ley 100 de 1993, de brindar información sobre el sistema pensional y dicha obligación se ha transformado durante el paso del tiempo, por lo que el Juez debe verificar su cumplimiento de acuerdo con el momento histórico que debía cumplirse y el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación no es suficiente para decretar el cumplimiento del deber de información, además se requiere de un consentimiento informado, carga procesal que se encuentra a cargo de la AFP.

Igualmente, señaló que cada caso debía analizarse particularmente, no siendo dable efectuar una reivindicación de reglas automáticas, por cuanto los afiliados no deben estar autorizados para demandar la ineficacia del traslado simplemente porque el plan de pensión no resultó acorde a sus aspiraciones. Paso seguido, evidenció que en el presente asunto la afiliación inicial de la demandante fue el 1° de abril de 1997, sin que hubiese transcurrido los 3 años que contempla el Decreto 692 de 1994, toda vez que el traslado de régimen se surtió en noviembre de 1999; por lo que inicialmente el traslado se tornaría ineficaz respecto de este primer ítem.

De otro lado, arguyó que tampoco se había evidenciado que se hubiera efectuado una información efectiva al momento de suscribirse el formulario de afiliación, sin que se pudiera deducir de las pruebas que obraban dentro del expediente que la demandante había estado precedida de esa debida información suministrada por Colfondos; por lo tanto, al no existir esa información amplia y suficiente de las consecuencias que acarreaban el cambio de régimen, debía declararse ineficaz la afiliación.

CONSULTA

COLPENSIONES no interpuso recurso de apelación, por ende, la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Se tiene que el Juez de primera instancia basó su decisión respecto de dos aspectos; el primero, relacionado con la multivinculación establecida en el artículo 17 del Decreto 692 de 1994 y el segundo, en relación a la ineficacia del traslado por falta de información; sin embargo, verificadas las pretensiones y hechos de la demanda, se tiene que las mismas no iban encaminadas a las multivinculación por no haberse cumplido el término de 3 años para el traslado de régimen, como lo contemplaba el literal e), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su texto original. De lo contrario, se observa que las pretensiones se encaminaron únicamente en relación a la ineficacia del traslado por falta de información, siendo de esa forma que se fijó el litigio; de manera que al pronunciarse el *a quo* sobre la multivinculación estaría afectando el principio de congruencia contemplado en el artículo 281 del CGP, al cual se remite por aplicación analógica del artículo 145 del CPTSS.

Conforme a lo anterior, esta Sala de Decisión únicamente se pronunciará frente a la ineficacia del traslado, esto es, verificando si el traslado que efectuó la demandante a la AFP Colfondos S.A. en el mes de noviembre de 1999, declarada por la *a quo* en la sentencia de primera instancia y sobre la cual, sea de paso advertir, no se presentó reparo alguno por las partes; Colpensiones está obligada a aceptar el traslado de la actora y a recibir el monto por concepto de aportes, saldos pensionales y rendimientos

depositados en su cuenta de ahorro individual, al igual que se analizará la excepción de prescripción propuesta por el ente de seguridad social.

En el presente asunto no es materia de discusión que: *i)* la señora Adriana Villamil Castellanos se afilió al ISS donde aportó desde el 1° de abril de 1997 al 30 de junio de 1999 un total de 115,43 semanas de cotización (CD f° 61); *ii)* que efectuó aportes a la Caja de Previsión Social Distrital entre el 19 de agosto de 1992 al 31 de enero de 1994 (f° 23), *iii)* que se trasladó al RAIS a través de Colfondos S.A. en el mes de noviembre de 1999, como se observa del reporte de semanas cotizadas, en la que se encuentra como primer aporte la de dicha data (f°17).

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La AFP Colfondos no aportó al expediente el formulario de solicitud de afiliación y traslado, por lo que sin contar con él no es dable establecer las condiciones en que se efectuó el traslado, de lo cual se determina en principio que no se cumplió con el deber de suministrar a la afiliada una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

En lo que respecta a COLPENSIONES dado el grado jurisdiccional de consulta que le asiste, es claro para la Sala que la aludida ineficacia implica que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia **CSJ SL, 8 Sep. 2008, rad. 31989**, reiterada en proveídos CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083 y SL12136-2014; en la que se indicó:

Esta declaración trae como consecuencia su regreso automático al régimen de prima media administrado por el I.S.S., habida cuenta de tratarse de un afiliado que desde antes del traslado de régimen había cumplido con requisitos mínimos para acceder a un derecho pensional.

Las consecuencias de la nulidad de la vinculación del actor a la Administradora de Pensiones del Régimen Individual, por un acto indebido de ésta, tiene la consecuencia de no producir sus efectos propios, sino los que en su lugar establece la ley, de conformidad con lo que se pasa a decir.

La nulidad de la vinculación a partir de cuando esta se declara la priva hacia futuro de todo efecto, esto es, de ella no se puede derivar ningún derecho

u obligación entre el actor y la entidad demandada, por mesadas pensionales o gastos de administración a partir de la fecha de notificación de esta sentencia; de esta manera la nulidad de la vinculación acarrea la del acto de reconocimiento del derecho pensional que el primero venía disfrutando, y así por tanto la Administradora queda relevada de toda obligación de pago futuro por mesadas pensionales.

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

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

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

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

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas

pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, 1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

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

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

PRESCRIPCIÓN

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

COSTAS

Sin costas en esta instancia por tratarse del grado jurisdiccional consulta.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR los ordinales segundo de la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a la demandada AFP Colfondos a trasladar a Colpensiones y ésta a su vez a recibir por parte de ella, las cotizaciones recibidas en su integridad y todos los valores que hubieren recibido, con motivo de la afiliación de la demandante Adriana Villamil Castellanos, durante su permanencia en ella; esto es, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el

capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial**Tribunal Superior del Distrito Judicial****Bogotá D. C.****SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL****DEMANDANTE: CARLOS MANUEL MEDINA ACOSTA****DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:**ANTECEDENTES**

Pretende el señor **CARLOS MANUEL MEDINA ACOSTA**, se **condene** a Colpensiones a reconocerse le pensión de vejez a partir del 1° de abril de 2018, junto con los aumentos legales causados año tras año, por cumplir con los requisitos para tal fin en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y los artículos 12 y 20 del Decreto 758 de 1990, al ser beneficiario del régimen de transición; se **ordene** a Colpensiones a incluirlo en nómina de pensionados, reconociendo y pagando las mesadas pensionales ordinarias y adicionales causadas a partir del 1° de abril de 2018; al pago de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, causados a partir de la exigibilidad de cada una de las mesadas pensionales adeudadas y hasta cuando se verifique su correspondiente pago, a las costas y gastos del proceso, y se haga uso de las facultades ultra y extra petita (Exp. Digital – cuaderno 001. Pág. 32).

Como hechos fundamento de las pretensiones (Exp. Digital – cuaderno 001. Pág. 32-33), señaló en síntesis que, nació el 3 de marzo de 1954; que es beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que al 1° de abril de 1994, tenía más de 40 años de edad; que el 20 de agosto de

2014, radicó ante las oficinas de Colpensiones los documentos necesarios para solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, solicitud que fue negada mediante resolución GNR 342400 del 20 de diciembre de 2014.

Indicó, que frente a la negativa de Colpensiones interpuso recurso de reposición y apelación los cuales se desataron mediante resoluciones GNR 113767 del 22 de abril de 2015 y VPB 54338 del 28 de julio de 2015, en las que se confirmó la decisión inicial. Refirió que en los anteriores actos administrativos no se tuvo en cuenta los periodos cotizados del 1° de junio de 2012 al 31 de agosto de 2014, aportes que corresponden a un total de 115,56 semanas efectivamente cotizadas; que si bien era cierto que la historia laboral tan solo reporta 1.034,14 semanas, igualmente lo es, que el citado reporte demuestra que entre el 1° de junio de 2012 al 31 de agosto de 2014, pagó las 115,56 semanas pendientes por cancelar en dicho periodo; por lo tanto, se tiene que cotizó un total de 1,149.7 semanas desde su afiliación 26 de noviembre de 1973 hasta el 31 de marzo de 2018.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones contestó (Exp. Digital – cuaderno 001. Pág. 60-66), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los supuestos fácticos en los que estas se fundamentan, aceptó los hechos 1 a 8 y 10; y negó los demás. Propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia del derecho y de la obligación, improcedencia de intereses moratorios, prescripción e innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 24 de junio de 2021, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación.

SEGUNDO: NEGÓ las pretensiones de la demanda.

Fundamentó su decisión, en que el actor logró conservar el régimen de transición con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, igualmente acreditó las semanas mínimas de cotización establecidas en el Acuerdo 049 de 1990, para poder acceder al derecho pensional antes del desmonte definitivo del régimen en

diciembre del año 2014. Acotó que no es posible sumar con efectos retroactivos teniendo en cuenta el pago realizado por el actor como independiente de los ciclos de junio de 2012 a agosto de 2014.

Señaló, que el actor a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 40 años de edad, por lo que en principio era beneficiario del régimen de transición; en cuanto al Acto Legislativo 01 de 2005, dijo que el demandante alcanzó los 60 años de edad el 3 de marzo de 2014, que para la entrada en vigencia de dicho Acto contaba con 871,76 semanas, superando ampliamente el límite de las 750 semanas.

Respecto de los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, se tenía de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad solamente acreditaba 172,09 semanas; en cuando a las 1.000 semanas requeridas en el Acuerdo, la parte demandante había solicitado que se tuviera en cuenta unas semanas de cotización que fueron realizadas como trabajador independiente y darle efectos retroactivos a estas cotizaciones, pagos que se efectuaron entre los años 2017 y 2019, pero para los ciclos 2012 a 2014, semanas que ascendían a 115,56 semanas, las cuales se cotizaron con posterioridad a que Colpensiones negará el derecho pensional, por lo que no era procedente la solicitud del actor, ya que dichos aportes debían reportarse con posterioridad; por lo tanto, solo había logrado acreditar al 31 de diciembre de 2014, un total de 88,90 semanas de cotización con las cuales no podía acceder al derecho pensional.

Hizo relación a los requisitos de la Ley 797 de 2003, indicando que el actor cumplió los 62 años de edad el 3 de marzo de 2016; sin embargo, no acreditó las 1,300 semanas requeridas, pues tan solo contaba con 1,047.14 semanas, incluso si se sumaran las cotizaciones efectuadas con posterioridad, tampoco alcanzaba a completar las 1,300 semanas.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que hay lugar a conceder las pretensiones de la demanda, toda vez que al revisarse el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia se dice que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y del control del Estado, bajo la sujeción de los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad en los término que establece la ley; se garantiza a todos los ciudadanos el derecho irrenunciable a la seguridad social.

Sostuvo, que si bien era cierto la discusión en el presente asunto obedecía a los periodos cotizados por el demandante como trabajador independiente entre junio de 2012 y agosto de 2014, lo cierto era que si se analizaba el espíritu del artículo 48 de la Constitución Política y el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, que trata de la obligatoriedad de las cotizaciones, en este caso se solicitaron las planillas ante Colpensiones y se pagó una mora por el aporte, siendo recibidos por la entidad; por lo tanto; debe considerarse que los trabajadores independientes como sucede en este país, por situaciones económicas, pese a tener la obligatoriedad de efectuar aportes al sistema de seguridad en pensiones no se hacen, por lo que se buscó con estos aportes era cumplir con dicha obligación, fundamentándose en la sentencia CSJ SL26728-2016.

Anotó, que de conformidad con el Decreto 3085 de 2007, debe tenerse en cuenta que el demandante estuvo cotizando desde el año 1997, efectuando su último aporte en el año 2014; que nunca dejó de trabajar, solo que no efectuó los aportes, lo cual no significa que no tuviera la obligatoriedad, debiéndose partir por el principio de la buena fe. Refirió que existe también un precedente por parte del Tribunal Superior de Bogotá del 30 de mayo de 2017, siendo magistrado ponente el Doctor Manuel Eduardo Serrano en un caso similar, en el que convalidó cotizaciones efectuadas como trabajador independiente de manera extemporánea y en la que se citó la sentencia T 377-2015; por lo tanto, solicita sean tenidos en cuenta los periodos cotizados extemporáneamente, ya que con ello cumpliría los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

PROBLEMA JURÍDICO

En consonancia con el recurso de alzada el problema jurídico a resolver en el presente asunto consiste: *i.)* definir si los pagos extemporáneos de los aportes a pensión que realizó el actor como trabajador independiente, se deben tener en cuenta de manera retroactiva o si debe tenerse en cuenta en el mes siguiente a aquel en el que se hace el pago, o en cualquier período posterior, *ii.)* si el demandante reúne los requisitos para acceder a la pensión de vejez conforme a lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 o Ley 797 de 2003.

En el presente asunto no es materia de discusión que: i) el señor CARLOS MANUEL MEDINA ACOSTA nació el 3 de marzo de 1954, conforme se demuestra de la copia de la cédula de ciudadanía que milita en el expediente (Exp. Digital- cuaderno 001, pág.3), ii) que cumplió los 60 años de edad el mismo día y mes del año 2014, iii) que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 40 años de edad y para el 25 de julio de 2005, acreditó 891 semanas de cotización, cumpliendo con los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, iv) que pagó los periodos de cotización a pensión de los ciclos junio 2012 a agosto de 2014, en los años 2017 a 2019, v) que reunió en total 1,047.14 semanas de cotización durante toda su vida laboral.

APORTES A PENSIÓN DE MANERA EXTEMPORÁNEA

En el presente asunto, se tiene que el señor Carlos Manuel Medina efectuó sus últimos aportes pensionales como independiente, observándose de la historia laboral que milita dentro del proceso (Exp. Digital- cuaderno 001- pág. 4), que para los ciclos junio de 2012 a agosto 2014, realizó los pagos en los años 2017 a 2019, los cuales pretende sean contabilizados para los ciclos en que dejó de pagar a efectos de poder acreditar los requisitos para acceder a la pensión de vejez bajo lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencias CSJ SL, 5 dic. 2006, rad. 26728, reiterada en la SL, 18 ago. 2010, rad. 35467 y SL, 21 feb. 2012, rad. 36648, SL818-2017, dijo:

Así las cosas, la discusión estriba en establecer si las cotizaciones efectuadas por los trabajadores independientes por fuera de los términos o períodos a que corresponden, resultan ‘irregulares’ y, por ende, están viciadas de nulidad o ineficacia, no debiendo ser contabilizadas para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez.

[...]

El pago extemporáneo efectuado por el empleador, esto es, aquel que realiza por fuera del plazo ordinario establecido legalmente, y antes de que se produzca el siniestro, es decir, de que se concrete y materialice el riesgo, no es nulo ni tampoco ineficaz. En ese caso, se reitera, tratándose del empleador, sencillamente se producirán las consecuencias jurídicas previstas en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993.

Cosa distinta ocurre cuando el aportante no es el empleador sino el trabajador, pues, sus cotizaciones “se entenderán hechas para cada período, de manera anticipada y no por mes vencido”, como lo anunciaba expresamente el artículo 20, inciso tercero, del Decreto 692 de 1994, así como que si no se especificaba el período de cotización debía tomarse “como período de cotización el mes siguiente al de la fecha de consignación del aporte”, disposición que, aun cuando fue expresamente derogada por el artículo 56 del Decreto 326 de 1996, posteriormente se insertó en el artículo 35 del Decreto 1406 de 28 de julio de 1999 en similares términos, así: ‘Los trabajadores independientes deberán presentar

la declaración de novedades y realizar el pago de las respectivas cotizaciones por períodos mensuales y en forma anticipada. Las novedades que ocurran y no se puedan reportar anticipadamente, se reportarán al mes siguiente’.

Por manera que, siguiendo tal derrotero, y sobre el supuesto de por ser el trabajador independiente el aportante de sus cotizaciones e interesado directo ante el Sistema General de Pensiones por el cubrimiento de las contingencias que contempla, le corresponde asumir, conforme al criterio actual del legislador que se acaba de enunciar, las consecuencias del déficit, insuficiencia o precariedad en el número mínimo de cotizaciones requerido para acceder a las prestaciones contempladas por dicho sistema pensional.

Así las cosas, se impone concluir que las cotizaciones efectuadas por el trabajador independiente no dejan de serlo, ni pueden calificarse de nulas o ineficaces, como al parecer lo entiende el Instituto demandado, por efectuarse en un período que podría llamarse ‘extemporáneo, dado que, de lo establecido por el legislador, se deduce, sin duda, que las cotizaciones realizadas por esta clase de afiliados no surten efectos retroactivos, por lo que, en consecuencia, no pueden ser tildadas de ‘irregulares’, habida consideración que siempre se harán para cada período ‘en forma anticipada’, y como dice la última norma citada, “si no se reportan anticipadamente, se reportarán al mes siguiente”.

Lo anotado explica, además, que los artículos 23 y 24 de la Ley 100 de 1993 no hayan previsto la aplicación de sanciones moratorias, ni la posibilidad de ejercer en su contra acciones de cobro por parte de las entidades administradoras del sistema. Así lo repite el artículo 28 del Decreto 692 de 1994 cuando dice: “... Tratándose de afiliados independientes, no habrá lugar a la liquidación de intereses de mora, toda vez que las cotizaciones se abonarán por mes anticipado y no por mes vencido”. Es que, frente al criterio actual del legislador, el efectuar las cotizaciones necesarias para acceder a la pensión de vejez constituye para el trabajador independiente un ‘imperativo de su propio interés’, de manera que, el retardo en la aportación del mínimo de las cotizaciones exigidas por el sistema pensional, lo que hace es dilatar en el tiempo el reconocimiento de la prestación perseguida y, en situaciones extremas, el dejar de aportar al sistema ese número mínimo, imposibilita el nacimiento del derecho perseguido.

*Ante lo dicho, el Tribunal de Santa Rosa de Viterbo no incurrió en el yerro jurídico de no advertir como nulas o ineficaces las cotizaciones efectuadas por Peña Motta como trabajador independiente, como lo alegó el demandado, pues a ellas les dio plenos efectos, no obstante haberse apoyado para su conclusión en consideraciones tangenciales al tema debatido, relativas a la buena fe del aportante, los deberes de control e información de la administradora de pensiones, los principios de la seguridad social y hasta el “sentido” de alguna sentencia de tutela de la Corte Constitucional, **por cuanto el legislador expresamente define que esas cotizaciones surtirán efectos hacia el futuro y, particularmente, “por períodos mensuales y en forma anticipada” y, a falta de señalamiento del respectivo período, “se reportarán al mes siguiente.** (subrayado y en negrilla fuera del texto original).*

Como bien se puede apreciar de la sentencia anteriormente señalada, el aporte extemporáneo del trabajador independiente se reputa hecho al mes siguiente a su pago y no de manera retroactiva como lo pretende la parte actora; cabe resaltar que la sentencia CSJ SL, 21 feb. 2012, rad. 36648, antes mencionada, se analizó un caso similar al presente, en el que la Corte enfatizó los siguiente:

Ahora, frente al artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, el sentenciador de segundo grado no incurrió en el quebranto inferido por el recurrente, pues partiendo del hecho fáctico admitido que los aportes por los períodos de <enero de 1995 a febrero de 1996 se pagaron el 23 de mayo de 2006>, y los de <enero y febrero de 1997 se sufragaron el 26 de mayo y el 3 de junio de 2005> respectivamente, y que se trataba de un trabajador independiente, coligió que no se

contabilizarían tales semanas para acceder a la pensión con base en 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de los 6º años de edad, por haberse pagado extemporáneamente, **inferencia acorde con el criterio jurisprudencial según el cual “ninguna consignación podrá surtir efectos retroactivos”, por lo que la entidad “administradora deberá imputar siempre los pagos a mensualidades futuras en los términos y oportunidades de que trata el Decreto 1406 de 1999” (radicación 35467 del 18 de agosto de 2010”.**

[...]

Ahora, de acuerdo con los reportes emanados del ISS y las autoliquidaciones se tiene que en toda su vida laboral, el actor entre el 10 de abril de 1967 y julio de 2005, aportó 936.5713 semanas, de las cuales 520.7143 corresponden a los 20 años anteriores al cumplimiento de los 60 años de edad. Sin embargo, como se observó anteriormente, los aportes por los períodos de enero de 1995 a febrero de 1996 fueron consignados el <23 de mayo de 2006>, mientras que los de enero y febrero de 1997 se sufragaron el >26 de mayo y el 3 de junio de 2005>, aportes que reflejan un total de <68.56 semanas>, que por haberse consignado por fuera de los plazos señalados legalmente para el efecto, no consideró el ad quem, quedando entonces <452.1543 semanas> consignadas en el lapso de los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de los 60 años de edad del actor, sumatoria lejos de las 500 semanas de que habla el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año. (subrayado y en negrilla fuera del texto original).

De todo lo anterior es dable colegir, que las cotizaciones extemporáneas realizadas por los trabajadores independientes se deben tener en cuenta para el mes siguiente a aquel en que se hace el respectivo pago.

Así las cosas, se tiene que los aportes realizados de forma tardía por el afiliado se deben computar de la siguiente manera:

Mes reportado	Fecha de pago	Mes al que se computa el pago
Junio-julio 2012	agosto de 2017	septiembre de 2017
Agosto a diciembre 2012	mayo de 2017	junio 2017
Enero a febrero 2013	abril de 2018	Mayo de 2018
Marzo y abril de 2013	mayo de 2018	junio de 2018
Mayo a septiembre de 2013	Junio de 2018	Julio de 2018
Enero a febrero y abril de 2014	Agosto de 2018	Septiembre de 2018
Marzo de 2014	Octubre de 2018	Noviembre de 2018
Mayo de 2014	Septiembre de 2018	Octubre de 2018
Junio de 2014	Noviembre de 2018	Diciembre de 2018
Julio de 2014	Enero de 2019	Febrero de 2019
Agosto de 2014	Marzo de 2019	Abril de 2019
TOTAL, SEMANAS COTIZADAS extemporáneas		116 semanas

PENSIÓN DE VEJEZ - ACUERDO 049 DE 1990

Como bien se dijo precedentemente, aquí no existe discusión en cuanto a que el demandante es beneficiario del régimen de transición, de manera que se entrará a analizar si reunió los requisitos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, antes del 31 de diciembre de 2014, pues a partir de dicha data dejó de existir dicho régimen.

Para el efecto, el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, establece como requisitos para acceder a la pensión de vejez en el caso de los hombres 60 años de edad y un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1,000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

En el sub examine, se tiene que el actor cumplió los 60 años de edad el 3 de marzo de 2014; al verificarse las semanas cotizadas durante los **20 años anteriores al cumplimiento de la edad**, esto es, del 4 de marzo de 1994, al 3 de marzo de 2014, se observa que acreditó un total de 172 semanas y en toda la vida laboral, esto es, al 31 de diciembre de 2014, un total de 901 semanas de cotización, por lo que, como bien lo tuvo por sentado la juez de primera instancia, no demostró cumplir con los requisitos mínimos exigidos para acceder a la pensión de vejez.

Debe recordarse, que teniendo en cuenta el cuadro que aparece líneas atrás, los aportes de los ciclos junio de 2012 a agosto de 2014, fueron pagados entre los años 2017 a 2019, que como bien se acotó previamente conforme a la jurisprudencia de la CSJ, no puede tener efectos como aportes efectuados antes del 31 de diciembre de 2014, sino que deben ser imputados a ciclos posteriores a la fecha en que fueron pagados, como ya se explicó; por lo tanto, no pueden computarse para la pensión prevista en el Acuerdo 049/90.

PENSIÓN DE VEJEZ – LEY 797 DE 2003

Establece el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 9° de la ley 797 de 2003, que para tener derecho a la pensión de vejez a partir del 1° de enero de 2014, se requiere en el caso de los hombres contar con 62 años de edad y 1,300 semanas de cotización. En el presente caso, se tiene que el demandante cumplió los 62 años de edad el 3 de marzo de 2016, cumpliendo así con el primero de los requisitos.

En cuanto al segundo requisito, esto es, las semanas de cotización, de la historia laboral emanada de Colpensiones, se observa que el accionante tiene un total de **1.047,14 semanas** de cotización que, al sumarse las **116 semanas**, que fueron cotizadas de manera extemporánea, arroja un total de **1,163.14 semanas** en toda su vida laboral, de donde fácilmente se desprende que no reúne las 1.300 semanas exigidas para acceder al derecho pensional.

Por lo anterior, se **confirmará** la decisión de primera instancia.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora, como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



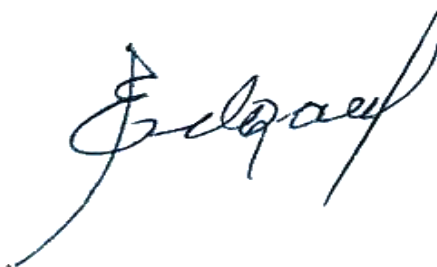
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

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



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARIO GARCÍA GONZÁLEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y AFP PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **MARIO GARCÍA GONZÁLEZ**, se declare la «*ineficacia de la afiliación y/o traslado*» del régimen de prima media al RAIS. En consecuencia, de lo anterior, se condene a las AFPS Porvenir y Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes a pensión realizados, junto con sus correspondientes intereses, frutos y/o rendimientos financieros, bonos pensionales, mermas de utilidad, gastos de administración, seguros y todos aquellos valores que se encuentren en su cuenta de ahorro individual, solicita también se reconozcan condenas ultra y extra petita y pago de costas procesales (Exp. Digital archivo 01).

Como hechos fundamento de las pretensiones (Exp. Digital- archivo 01), señaló en síntesis, que nació el 24 de abril de 1957; que realizó cotizaciones en pensiones al ISS desde el 20 de diciembre de 1983 a octubre de 1995; que de conformidad con la historia laboral consolidada expedida por la AFP Porvenir ha cotizado al sistema pensional 7.504 días.

Narró, que una vez los fondos de pensiones y cesantías empezaron a operar, realizaron y ejercieron publicidad de manera muy agresiva personal o grupal, a fin de mostrar las supuestas bondades del RAIS, logrando desinformar y tergiversar la realidad acerca del régimen de prima media; que la AFP ING hoy Protección S.A. lo persuadió con la promesa que su pensión sería mejor que en el régimen de prima media; trasladándose a dicho fondo en el mes de marzo de 1997.

Sostuvo, que tanto al momento de gestionarse el traslado de régimen a la AFP ING, así como al momento de trasladarse a Porvenir S.A., nunca se le informó por parte de estas administradoras sobre las desventajas que tendría de afiliarse o continuar afiliado al RAIS frente al régimen de prima media, tampoco le realizaron un estudio técnico y adecuado que soportara que le era más beneficioso el traslado al RAIS, omitiendo las demandadas informarles que la mesada podría ser menor en dicho régimen; que no lograría pensionarse si el capital no le fuere suficiente; que nunca le explicaron las modalidades de pensión, no se le dijo el monto de la eventual de su mesada pensional y tampoco se le informó sobre el derecho de retracto.

Por último, señaló que el 8 de junio de 2020, solicitó ante la AFP Porvenir S.A. la ineficacia de la afiliación y/o traslado de fondo de pensiones y la reactivación de su afiliación al régimen de ahorro individual el 13 de junio de 2020, las cuales fueron negadas.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A. contestó (Exp. Digital- cuaderno 07), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, manifestó no constarle los numerales 1, 2, 6 y 15, y no ser ciertos los demás. Propuso como excepciones de fondo, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

COLPENSIONES contestó (Exp. Digital- cuaderno 11), también oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó ser cierto la fecha de nacimiento de la demandante y aportes pensionales efectuado en dicha entidad por parte del actor; respecto de los demás, dijo no constarle. Propuso como excepciones de fondo, prescripción y caducidad, cobro de lo no debido y buena fe.

PROTECCIÓN S.A. contestó (Exp. Digital- cuaderno 15), también oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó ser cierto la fecha de nacimiento de la demandante e información suministrada al momento del traslado con

su debida aclaración; respecto de los demás, dijo no constarle los numerales 2, 5, 13, 14 y 15, y no ser ciertos los demás. Propuso como excepciones de fondo, las de «*inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y traslado de aportes*».

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 2 de junio de 2021 (Exp. Digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz la afiliación o traslado efectuado por el señor demandante MARIO GARCÍA GONZÁLEZ del régimen de prima media al régimen de ahorro individual el día 29 de septiembre del año 1995, a través de la administradora DAVIVIR hoy representada por PROTECCIÓN S.A., y como consecuencia de lo anterior, **ORDENAR** a la administradora donde actualmente se encuentra afiliado PORVENIR S.A. a trasladar los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual del señor demandante a la administradora del régimen de prima media COLPENSIONES y que está reciba dichos recursos, reactive la afiliación y los acredite como semanas efectivamente cotizadas, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al RAIS, dada la consecuencia natural de esta ineficacia.

SEGUNDO: SIN COSTAS a favor ni en contra de ninguna de las partes.

Fundamentó su decisión, señalado que el demandante estuvo afiliado al régimen de prima media hasta el 31 de octubre de 1995, cotizando 236,46 semanas ante ISS hoy Colpensiones; que adicionalmente tiene cotizadas semanas con la Universidad Industrial de Santander acreditando un total 662 semanas en el régimen de prima media; que posteriormente, el demandante se trasladó al RAIS el 29 de septiembre de 1995, y luego, en el año 1997, se trasladó a Porvenir S.A.

Hizo referencia a lo dispuesto en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, manifestando seguidamente que la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral a partir del año 2014, ya no establece que los presentes casos deban analizarse como nulidad de la afiliación, sino como ineficacia del traslado por falta de información, encontrándose en cabeza de las AFP la carga probatoria.

Enfatizó, que el único elemento de juicio que obraba dentro del expediente es el correspondiente formulario de afiliación, sin que existiera ninguna otra prueba testimonial

o documental que diera fe de que efectivamente se brindó esa información; en cuanto al interrogatorio de parte rendido por el actor, dijo que este confirmó la falta de información brindada por el fondo privado al momento del traslado; en razón de ello, se tenía que no se cumplió con la carga de la prueba.

Respecto de los traslados horizontales, mencionó que de conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, el traslado de régimen no se convalida por el traspaso de fondos dentro del mismo régimen; por consiguiente, accedió a las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante manifestó su inconformidad respecto de la absolución de las costas, indicando que de conformidad con el numeral 1° del artículo 365 del CGP debe condenarse en costas a la parte vencida.

La **AFP Porvenir S.A.**, interpuso recurso de apelación, señalando que el consentimiento informado se materializó con la suscripción del formulario de afiliación el cual no fue tachado de falso por parte del demandante, en donde se hizo constar que se firmó de forma libre, espontánea y sin presiones, habiendo sido asesorado sobre los aspectos particulares de éste entre otras cuestiones conforme lo exigía el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; es decir, no trató de una simple declaración vacía de un formato de afiliación, sino del requerimiento legal expresamente señalado sobre la firma del demandante quien se presume como una persona capaz para obligarse.

Arguyó, que en el hipotético caso de aceptarse que la voluntad del afiliado estuvo viciado por ausencia total de la información, debía tenerse en cuenta que siempre se le garantizó el derecho al retracto como lo dispuso el Decreto 1161 del año 1994; igualmente ante la declaratoria de ineficacia se desconocía el principio de la autonomía de la voluntad privada con el que contaba el demandante en jurisprudencia definida por la Corte Constitucional C-341 del año 2006, por lo que declarar la ineficacia del traslado a partir de interpretaciones diferentes se estaría creando un sistema legal que no fue establecido por el ordenamiento jurídico.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión que: *i)* el señor MARIO GARCÍA GONZÁLEZ se afilió al ISS donde aportó desde el 5 de marzo de 1982 al 31 de octubre de 1995 (Exp. Digital cuaderno 01); *ii)* que aportó cotizaciones con la Universidad Industrial de Santander entre el 28 de julio de 1986 al 1° de octubre de 1995, para un total de 662 semanas de cotización el RPM; *iii)* que el **25 de septiembre de 1995** se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Colmena Davivir hoy Protección S.A. (Exp. Digital-cuaderno 15- pág. 37); y *iv)* que el 14 de octubre de 1997, se trasladó a la AFP Porvenir (Exp. Digital-cuaderno 07- pág. 70), entidad en cual se encuentra vinculado actualmente.

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad **–25 de septiembre de 1995–**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Davivir hoy Protección suscrito el **25 de septiembre de 1995**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel en su totalidad, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

Por lo tanto, se hace necesario, adicionar el ordinal primero en el sentido de ordenar a las AFPS Protección y Porvenir, el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquellas, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en

su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

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

PRESCRIPCIÓN

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

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA

En cuanto a la absolución frente a las costas en primera instancia, señaló el *a quo* como argumento que en el caso de Colpensiones no se condenaba en costas por cuanto no tuvo ninguna participación o injerencia al momento del traslado de régimen que hizo el actor y en cuanto a los fondos privados porque había existido razones entendibles frente a los cuales se creyó que para el año 1995, solo se necesitaba de la firma del formulario de afiliación, siendo solo por línea jurisprudencial que se estableció que se requería de requisitos adicionales.

De acuerdo a lo anterior, se considera que le asiste razón al recurrente en cuanto a la condenada en costas en primera instancia, pues así lo establece el numeral 1° del artículo 365 del CGP, al señalar que debe ser condenado en costas a la parte vencida en el proceso, luego al resultar Colpensiones vencida en juicio en tanto tiene que recibir a la actora y activar su afiliación y las AFPS por tener que trasladar los aportes del actor junto con todas las mermas anteriormente mencionadas al RPM; además, por cuanto presentaron oposición a las pretensiones de la demanda; por lo tanto, deben ser condenadas en costas.

Aunado a que, si bien el artículo 365 del CGP permite que el juez se abstenga de condenar en costas manifestando los argumentos de su decisión como bien lo hizo el sentenciador de primer grado, ello únicamente se permite en el caso de que prospere parcialmente la demanda, situación que no es la del caso, pues aquí se accedieron a la totalidad las pretensiones incoadas.

COSTAS

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

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

RESUELVE:

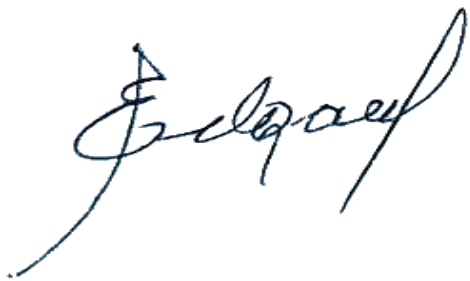
PRIMERO: ADICIONAR el ordinal primero de la sentencia proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a las AFPS PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquellas, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo de permanencia del demandante en cada una de ellas. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: REVOCAR el ordinal segundo de la sentencia, en su lugar CONDENAR a las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. a la condena en costas en primera instancia, las cuales deberá ser liquidadas por el Juzgado.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



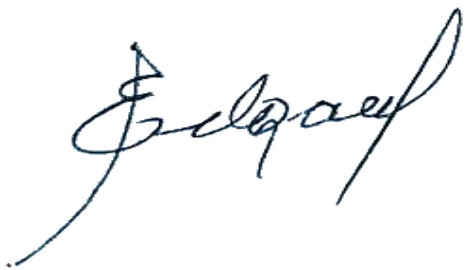
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

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



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: JORGE ERNESTO GARCÍA FORERO
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:**ANTECEDENTES**

Pretende el señor **JORGE ERNESTO GARCÍA FORERO**, se **declare** la nulidad de la afiliación a la AFP Porvenir realizada el 1° de abril de 1996. Como consecuencia; se **condene** a la AFP Porvenir a partir de la ejecutoria de la sentencia proceda al traslado inmediato de los dineros depositados en su cuenta individual al régimen de prima media; se **condene** a Colpensiones a recibir los dineros depositados en su cuenta de ahorro individual por parte de la AFP Porvenir S.A., los rendimientos depositados en su cuenta de ahorro individual, a afiliarlo al régimen de prima media, a que una vez vinculado al RPM, proceda a actualizar su historia laboral; se **condene** a la indexación e intereses corrientes, intereses moratorios, reajustes para actualizar valores pagados según la sentencia, las costas del proceso y se haga uso de las facultades extra y ultra petita (f°59-60).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.° 60-61), señaló en síntesis, que nació el 25 de mayo de 1956; que era beneficiario del régimen de transición; que efectuó cotizaciones al ISS entre el 23 de febrero de 1980, al 7 de abril de 1994; que por engaño de los asesores de Porvenir S.A. se afilió a dicha entidad.

Narró, que la AFP Porvenir S.A. faltó al deber legal de suministrarle información oportuna y veraz al momento de realizar la afiliación, en el sentido de no manifestarle de manera clara y expresa, la pérdida de beneficios propios del régimen de prima media; que cotizó en el ISS un total de 695,86 semanas; que en el RAIS ha cotizado 608 semanas. Sostiene que la mesada pensional que recibiría en el RAIS es mucho menor al que hubiera recibido en el régimen de prima media; que el 15 de enero de 2019, solicitó ante Porvenir petición en la cual solicitó se le indicará las razones por las cuales la entidad omitió informarle sobre la pérdida de los beneficios del régimen de prima media al trasladarse al RAIS; que dicha entidad dio respuesta el 21 de enero de 2019, en la que le manifestó que la información le fue suministrada al momento del traslado; que la anterior petición también fue solicitada ante Colpensiones, pero dicha entidad no dio respuesta.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones contestó (f.º 109-115), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los supuestos fácticos en los que estas se fundamentan, aceptó la fecha de nacimiento del demandante, fecha de liquidación del ISS y nacimiento de Colpensiones y petición efectuada por el actor ante la entidad; en relación a los demás hechos, dijo no constarle. Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, buena fe e innominada o genérica.

AFP Porvenir S.A. contestó (f.º 121-146), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó fecha de nacimiento del demandante, reconoció que el actor previo a su afiliación al RAIS estuvo vinculado en el régimen de prima media; liquidación del ISS y nacimiento de Colpensiones; peticiones presentadas por el demandante y respuesta; en cuanto a los demás hechos, manifestó no constarle el numeral 18 y no ser ciertos los demás. Propuso como excepciones de fondo, las de falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, mala fe del demandante, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones y prescripción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 1º de febrero de 2021 (CD – f.º 215), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS –PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** de todas y cada una de las pretensiones que fueron incoadas en su contra por el demandante **JORGE ERNESTO GARCÍA FORERO**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 11.251.325.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de “inexistencia de las obligaciones” propuesta por las demandadas y por el resultado de la Litis se abstiene el Despacho de pronunciarse frente a los demás medios exceptivos.

[...]

Fundamentó su decisión, para definir el asunto hizo relación a la Constitución Política Nacional en relación al principio de libertad de autonomía, sobre el consentimiento que las personas que debe existir al momento en que se efectúan actos o negocios jurídicos el cual debe ser libre de vicios; hizo también alusión a las nulidades relativas en relación a los vicios por error, fuerza o dolo; trajo a colación las sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral relacionadas con el tema y su evolución jurisprudencial, manifestando que siempre ha existido encabeza las administradoras de fondos de pensiones el deber de información; que la carga de la prueba le corresponde a estas en la demostración de que cumplieron a cabalidad con el mismo, de que todas las personas son acreedoras a ese derecho al consentimiento informado sin importar si son o no beneficiarias del régimen de transición o de derechos pensionales; que la firma del formulario de afiliación no es suficiente para la demostración del consentimiento informado y también que en este tipo de eventos se está enfrente a la ineficacia del traslado y no de la nulidad del negocio jurídico celebrado.

Seguidamente, procedió a realizar un estudio de las pruebas recaudadas, estableciendo como primera medida, que el demandante no había sido beneficiario del régimen de transición, ni por edad, ni por tiempo de servicio, pues para el 1° abril de 1994, no tenía 40 años de edad, ni tampoco 750 semanas de cotización; sin embargo, ello no era óbice para verificar la temática relacionada con el cumplimiento del deber de información en cabeza del fondo de pensiones.

Sostuvo, que del análisis en conjunto de todas estas probanzas no se podía acceder a las pretensiones de la demanda, indicando que fue aportado formulario de traslado al RAIS, el cual fue firmado por el demandante, sin que hubiese sido tachado de falso, además de llenar las exigencias del Decreto 692 de 1994. Afirmó que el demandante en su interrogatorio de parte había contestado con evasivas y contradicciones; se le preguntó si había recibido asesoría al momento del traslado de régimen, contestando que sí; pero más adelante lo había negado; también cuando se

le interrogó si había tenido conocimiento sobre cuáles serían sus mesadas pensionales, contestó que efectuó ejercicios matemáticos sobre su mesada en ambos regímenes, pero al continuar con su declaración nuevamente negó dicha afirmación.

Consideró, que no resultaban creíbles sus respuestas en cuanto a que no conocía el régimen de ahorro individual, que no sabía absolutamente nada sobre la cuenta de ahorro individual, ni sobre los rendimientos financieros, sobre los aportes voluntarios, el bono pensional, pese a que había dicho que sí hizo preguntas al momento de su traslado de régimen. Además, teniendo en cuenta su profesión como contador público se había encargado de hacer algunas proyecciones de su mesada; de manera que existía una confesión ficta e indicios graves, por cuando el demandante era conocedor de esos requisitos mínimos que debía tener como afilado, de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pues conocía que el RAIS tenía unas partes distintas basadas en rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual; en consideración de lo anterior negó las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandante** interpuso recurso de apelación en la que señaló que el despacho había manifestado que la figura de la nulidad de afiliación no era objeto en estos casos; no obstante, no se tuvo en cuenta la sentencia con radicado CSJ SL, 9 Sep. 2008, rad. 31989, en la que se estableció el tema como el acto de la nulidad de afiliación por la mala fe que ejercieron los fondos privados en esa época; por ello era evidente la nulidad de la afiliación por dolo o culpa, además de que en esa misma posición se había establecido en la sentencia SL12136-2014.

Por lo tanto, resultaba evidente que cuando se solicitará una nulidad, la carga de la prueba recae en el fondo, en este caso en Porvenir como también en Colpensiones, quienes no demostraron que hubieran obrado en buena fe; que la defensa solo se limitó a demostrar los certificados de afiliación, siendo el único método de defensa que tienen para demostrar que efectivamente existió un asesoramiento; además, como lo dijo el mismo despacho no solo la firma de un formulario es suficiente para el conocimiento de una información.

De otro lado, en cuanto a la confesión ficta o presunta del demandante en su interrogatorio, precisó que no había existido ninguna confesión o evasiva en su

declaración; por el contrario, había sido una mala interpretación del despacho en cuanto a que estaba evadiendo la respuesta, pues al escucharse de nuevo el interrogatorio no se evidenció tal situación; que el hecho de que el actor sea contador público no quiere decir que estuviera obligado a saber todo sobre el régimen de pensiones; pues si bien en su declaración se pudo apreciar que tenía algo de conocimiento sobre el tema, ello lo fue para enero de 2021, momento en que se realizó la diligencia, más no para abril de 1996, cuando se hizo el traslado de régimen; existiendo una mala interpretación por parte del Juez por el hecho de que el actor se encontraba nervioso al momento de la diligencia, por ser la primera vez que estaba en una audiencia.

Acotó, que no se tuvo en cuenta el interrogatorio de parte que se hizo al representante legal de Porvenir, quien no demostró que la entidad hubiese cumplido con el deber de información, indicando solamente que eso le correspondía Colpatria, siendo una responsabilidad que debió asumir Porvenir.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante.

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión *i)* que el señor Jorge Ernesto García Forero se afilió al ISS, efectuando aportes pensionales desde el 23 de febrero de 1980, al 7 de abril de 1994, para un total de 350,29 semanas de cotización (f° 9); *ii)* que el **23 de febrero de 1996**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Colpatria hoy Povenir S.A., en la que se encuentra afiliado actualmente (f.° 178).

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala, tres aspectos, el primero que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por

falta de información al momento en que el accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse desde su **ineficacia** puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considere se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL1565 - 2022). Por consiguiente, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, ya que, al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

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

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

con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad **–23 de febrero de 1996–**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, entre muchas otras), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

En el presente asunto se tiene que los argumentos que tuvo el *a quo* para negar la ineficacia del traslado fue el perfil profesional y académico del demandante como contador público, así como también el haber contestado con evasivas y contradicciones, señalando que hizo preguntas al asesor al momento del traslado y al haber sido él quien realizó las proyecciones de su mesada pensional.

Al respecto, revisado el interrogatorio de parte efectuado por el demandante, no se evidenció por parte de la Sala que lo manifestado por el *a quo* hubiese sido así, pues el actor desde el inicio de su declaración señaló que en el momento en que se surtió el traslado de régimen se encontraba como gerente de una empresa, en donde acudió el asesor del fondo privado quien les dijo que el ISS iba a desaparecer y que la única alternativa que tenían eran los fondos privados, por lo que procedió a trasladar a todo el personal incluyéndose a él; también afirmó, que le hizo preguntas al asesor, pero lo único que le contestó, era que no habían más alternativas porque el ISS se iba acabar.

También fue enfático en señalar, que no tiene conocimiento en la parte pensional y siempre se ha asesorado de un abogado, que al momento en que surtió el traslado no le dijeron sobre las diferencias de los dos regímenes pensionales, tampoco se le dio a conocer sobre los rendimientos financieros, ni de aportes voluntarios. En cuanto a la proyección de la mesada pensional, si bien afirmó que no la solicitó ante la AFP, enfatizó en que la proyección la realizó su abogado con los datos suministrados por internet, donde se puede dar cuenta de las diferencias de la mesada pensional en ambos regímenes.

De acuerdo a la anterior, declaración no resulta ser cierto como lo sostuvo el juez, que el demandante conoció de ante mano las características del RAIS, pues si bien le hizo preguntas al asesor en su momento, este le manifestó siempre que el ISS se acabaría y que su alternativa era el fondo privado, de manera que no se observa contradicción alguna cuando menciona más adelante que no recibió asesoría, siendo evidente que el fondo no le brindó información sobre las características, ventajas y desventajas del RAIS; tanto así, que dijo no conocer cuáles eran los requisitos para pensionarse en el fondo privado; tampoco es cierto que fuera él la persona que realizó la proyección de su mesada, pues como bien lo dijo, fue su abogado el encargado en asesorarlo sobre el tema, ante su desconocimiento en los asuntos pensionales.

De manera que, las anteriores circunstancias no permiten evidenciar el cumplimiento del deber legal que tenía el fondo de pensiones al momento del traspaso de régimen, resultando pertinente indicar, que ese deber de información debe cumplirse absolutamente siempre, con independencia de si el potencial afiliado es una persona con estudios académicos superiores o con cargos laborales directivos o subdirectivos, puesto que ello no implica de ninguna manera que conozca el sistema pensional, configurándose como un afiliado lego en este puntual tema, y la AFP como la experta; y es que no puede ser de otra manera, pues los fondos privados cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios.

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

que conforman el plenario para determinar, individualmente, las circunstancias que rodean a quienes, en un asunto como el presente, han activado el aparato judicial».

Lo anterior evidencia que el *a quo* incurrió en error al negar la ineficacia del traslado bajo la condición profesional del demandante, toda vez que del relato del señor Jorge Ernesto García quedó evidenciado que no se le dio una información completa respecto de las características del RAIS, pues tan solo se le informó que el ISS iba a desaparecer, sin que la AFP acredite a través de otros medios de convicción que efectivamente cumplió con ese deber de información.

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Horizonte suscrito el **23 de febrero de 1996**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

En este punto, debe advertirse que la firma del mencionado formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como *«la afiliación se hace libre y voluntaria»*, *«se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones»* u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, a lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado, tal y como se dijo por la Sala de Casación laboral en la sentencia CSJ SL1688-2019.

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

Lo anterior es así, porque conforme lo ha explicado con abundancia la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la declaratoria de ineficacia trae consigo la vuelta al *statu quo*, lo que implica retrotraer la situación al estado en que se

hallaría si el acto no hubiera existido jamás (CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJSL373-2021, entre muchas otras). Lo anterior, salvo que la persona tenga la calidad de pensionada, pues en este evento la jurisprudencia tiene sentado que no es factible revertir o retrotraer dicha calidad para restablecer la afiliación en el régimen de prima media, como si la persona nunca se hubiese trasladado de régimen (CSJ SL373-2021); sin embargo, esta es una precisa excepción no aplicable al caso concreto.

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

En esta perspectiva, la declaratoria de ineficacia hace que las cosas vuelvan al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación; o dicho, en otros términos, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros y gastos financieros, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocrinó:

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

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

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

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

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

Bajo el anterior contexto, se hace necesario **REVOCAR** la decisión de primera instancia para en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda en el sentido de declarar la ineficacia del traslado realizado por el demandante **Jorge Ernesto García Forero el 23 de febrero de 1996**, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que el acto jurídico del traslado no produjo efectos, pues ante la violación del deber de información dicho acto no puede proyectarse en el mundo de las relaciones jurídicas, razón por la cual se impone el regreso automático del demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

En consecuencia, se condenará a la AFP Porvenir, a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de aquellas, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a cada una de esas administradoras. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. (CSJ SL1055-2022, 1055-2022).

PRESCRIPCIÓN

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

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

Así las cosas y sin más consideraciones, se revocará la sentencia de primer grado en la forma antes anotada.

COSTAS

Las de ambas instancias a cargo de las demandadas Colpensiones y AFP Porvenir S.A., como quiera que el recurso de apelación salió avante y en virtud del numeral 4 del artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia emitida por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor Jorge Ernesto García Forero el 23 de febrero de 1996, por intermedio de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, en consecuencia, declarar válida la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, administrado por **COLPENSIONES**.

SEGUNDO: CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a trasladar a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

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



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ANA LEONILDA TEQUÍA SUÁREZ
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **ANA LEONILDA TEQUÍA SUÁREZ**, se **declare** la ineficacia de la afiliación efectuada en febrero de 2000 a la AFP Porvenir S.A. y del traslado de régimen pensional por existir engaño y asalto en la buena fe para que se trasladará al RAIS. Como consecuencia, se **condene** a Colpensiones a registrar la afiliación y traslado en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiera trasladado, en virtud del regreso automático; se **condene** a la AFP Porvenir S.A. y a Colpensiones a reconocer los intereses generados por la demora injustificada en la no autorización del traslado del RAIS al régimen de prima media, sobre la no devolución de los aportes a pensión a partir del 1° de octubre de 1999 hasta la fecha en que se verifique dicha devolución de los aportes pensionales; a que se paguen las sumas adeudadas actualizadas de conformidad con la certificación que expida el DANE; a las en costas y agencias en derecho, y se haga uso de las facultades ultra y extra petita (f°30-31).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.° 27-30), señaló en síntesis, que nació el 6 de febrero de 1958; que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993,

contaba con 35 años de edad siendo beneficiaria del régimen de transición; que laboró para la Registraduría Nacional del Estado Civil y en la Alcaldía de Guacamayas – Boyacá; que posteriormente, se vinculó a la Rama Judicial como Juez Promiscuo de Guacamayas – Boyacá desde febrero de 2000 hasta la fecha, sin solución de continuidad; que al momento en que ingresó a la Rama Judicial no había en el sitio de nómina personal del ISS, mientras que sí había un asesor de la AFP Porvenir S.A.; quien a través de un acoso sistemático le ofreció beneficios superiores a los que podía obtener en el régimen de prima media, manifestándole que el ISS se iba liquidar, por lo tanto, no había quien le respondiera por su dinero y por su pensión; que el asesor también le indicó que en el RAIS podría llegar a obtener una mesada superior que la que recibiría en el ISS y en un tiempo mucho menor; que de ser necesario se haría la devolución de su dinero si quería pensionarse antes.

Sostuvo, que efectuó 131,24 semanas de cotización en el régimen de prima media; que el 2 de febrero del año 2000, se trasladó a Porvenir S.A.; que se presentó ante la entidad para que le hicieran la devolución de sus aportes, pero el asesor que la atendió le señaló que no le podían devolver los aportes, porque ya tenía pensión en el mínimo, lo que le generó más dudas, pues nuevamente estaba recibiendo una información errada; que al efectuar una comparación entre los dos regímenes pensionales pudo evidenciar que la mesada pensional sería ostensiblemente superior en el RPM; que decidió presentar solicitud de traslado ante Porvenir S.A., e igualmente ante Colpensiones; que esta última le contestó que no se podía trasladar por estar a menos de 10 años de adquirir la edad para el reconocimiento pensional.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 53-69), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó fecha de nacimiento de la demandante, aportes efectuados por la demandante ante el régimen de prima media, petición efectuada por la actora y respuesta; en cuanto a los restantes hechos manifestó no ser ciertos los numerales 2, 15 y 16, y no constarle los demás. Propuso como excepciones de fondo inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas e innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (f.º 87-110), también oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, solo aceptó ser cierto la fecha de nacimiento de la demandante; respecto de los demás, dijo no ser ciertos los numerales

7 a 14, 16 y 18, en relación a los demás señaló no constarle. Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 13 de abril de 2021 (CD f.º 317), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO Y PRESCRIPCIÓN* propuestas por las demandadas, según las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR que el traslado de la señora ANA LEOLILDE TEQUÍA SUÁREZ identificada con C.C. 51.705.019, al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad RAIS, administrado por PORVENIR S.A., fue ineficaz y, por consiguiente, no produjo efectos jurídicos.

TERCERO: DECLARAR que la señora TEQUÍA SUÁREZ se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a cargo de COLPENSIONES, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación, sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas.

CUARTO: ORDENAR A LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación de la demandante Sra. TEQUÍA SUÁREZ tales como cotizaciones, sumas de las aseguradoras, bonos pensionales, todo con sus frutos e intereses, incluyendo los gastos de administración los cuales deberán ser asumidos de su propio patrimonio, por lo que deberán ser también reembolsados.

QUINTO: ORDENAR A COLPENSIONES recibir el traslado de fondos a favor de la demandante que efectúe PORVENIR S.A. y convalidarlos en la historia laboral de la demandante en esa entidad.

SEXTO: ABSOLVER A LAS DEMANDADAS de la pretensión alusiva a los intereses de mora y de la indexación, según las razones señaladas.

El Juzgado de primera instancia, **basó su decisión fundamentalmente** en que, de conformidad con las documentales obrantes dentro del expediente se pudo constatar que la demandante se afilió al ISS hoy COLPENSIONES, que con posterioridad según se afilió al régimen de Ahorro Individual con solidaridad habiéndose vinculado con Porvenir S.A. el 26 junio de 1997, vinculación que se hizo efectiva a partir del 1º de agosto de 1997 tal y como se corroboró con la certificación emitida por ASOFONDOS.

Sostuvo, que al verificarse el formato a través del cual se gestionó el traslado del demandante a Porvenir S.A., únicamente se consignó una información general respecto del futuro afiliado tales como sus nombres y apellidos, número de cédula, dirección y

datos del vínculo laboral, sin que se pudiera establecer de ese formulario que le brindó alguna información adicional tendiente a ilustrarle acerca de las condiciones y características de ese régimen pensional, tampoco se logró establecer que en ese momento se le hubiere explicado de manera suficientemente y clara las distintas modalidades de pensiones en ese régimen, las condiciones para acceder a un derecho pensional, la forma de cuantificar su prestación pensional, la necesidad de efectuar unos aportes obligatorios o la posibilidad de efectuar otros en de forma voluntaria, para aquellos casos de pretender una modalidad de pensión anticipada o monto superior de la mesada pensional; que tampoco se logró establecer que la simple información vertida en el formulario por lo menos se le hiciera un comparativo acerca de las características especiales de los dos regímenes pensionales.

Expresó, que de conformidad con lo señalado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, la firma del formulario resultaba insuficiente para tener por establecido que la entidad cumplió con el deber de información, precisando que la AFP no desplegó a través de su asesor o representante todo el esfuerzo por informar en debida forma a la futura afiliada acerca de las condiciones y características de ese régimen pensional, actividad probatoria que sin duda estaba precisamente a su cargo y responsabilidad, por ser éste el que tenía todas las herramientas y mecanismos para atraer al proceso el convencimiento absoluto del cumplimiento de ese deber de información; bajo esas circunstancias señaló, que en esos procesos es que la decisión de la demandante de cambiarse de régimen pensional fue una decisión de riesgo, sin que le hubiesen informado sobre la posibilidad que ofrece la ley de retractarse de la decisión y reclamar que las cosas volvieran al estado en que se encontraban, razón por lo cual debía declararse la ineficacia del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP Porvenir S.A.**, interpuso recurso de apelación, señalando que la demandante efectuó su traslado de régimen en el año 1997, firmando el respectivo formulario único documental que era la obligación que se tenía conforme a la normatividad vigente; que de igual manera, debe tenerse en cuenta que conforme a reiteradas jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia, si bien el deber de información existió desde los inicios, este ha tenido un desarrollo legal progresivo que básicamente lo que ha hecho es incrementar las exigencias impuestas a las administradoras por lo que no es el mismo deber de información que existe hoy en día; que en ese sentido el despacho no realizó la debida interpretación de la norma aplicable a la fecha en que la actora se vinculó a la entidad, pues para dicho momento se

encontraba vigente la Ley 100 de 1993 y el Decreto 663 de 1993, que básicamente establecían como parte del deber de información señalar características respecto al régimen en el cual el afiliado se quería vincular.

Señaló, que en el presente asunto se encontraba demostrado que la demandante se vinculó de manera libre y voluntaria, manifestando que recibió una asesoría previa a dicha vinculación en dónde le indicaron características propias del régimen de ahorro individual, entre ellas la generación de rendimientos por parte de los aportes que se estaban realizando, no compartiendo lo dicho por el *a quo* en cuanto a que no se indicaron consecuencias o implicaciones del traslado de régimen de la accionante, ya que las condiciones propias de la afiliada para la fecha, no le permitían tener ni siquiera una mera expectativa dentro del régimen de prima media; incluso, para la data en que se contestó la demanda, la actora acreditaba aproximadamente 1,022 semanas cotizadas al sistema general de pensiones y 62 años de edad, por lo que era claro que ni siquiera a la fecha tiene una expectativa de acceder a una mesada pensional bajo los requisitos del régimen de prima media.

Así mismo, manifestó que para el momento del traslado no era posible señalar unas consecuencias o unas desventajas frente a un derecho pensional, pues que no tenía siquiera certeza de consolidarse; si bien la inconformidad de la demandante es en lo concerniente a su mesada pensional, tal aspecto no era suficiente para determinar una ineficacia de traslado, pues se reiteraba que para la época, no podía establecerse cuál iba a ser su mesada pensional en uno y otro régimen, trayendo a colación la sentencia SL4806-2020, en la que se señaló que uno de los requisitos para declarar la ineficacia del traslado es que debido a esa insuficiencia de información se hubiera causado una lesión injustificada dentro del derecho pensional impidiéndose el acceso a ese derecho, situación que no se veía acreditada dentro del presente asunto; que contrario a ello, no tiene ningún derecho dentro del régimen de prima media como quiera que no ha cumplido con los requisitos de semanas cotizadas que exige dicho régimen para acceder a una mesada pensional.

En cuanto a la condena de devolver conjuntamente rendimientos y gastos de administración, arguyó que se apartaba de dicha condena como quiera que no resulta coherente que se aplique la figura de la ineficacia en unos sentidos y en otros no; que en ese orden, si las consecuencias de la aplicación de dicha figura es tener que el negocio jurídico nunca se celebró, claramente los productos dados por la administración de los recursos de la demandante por parte de la entidad son los rendimientos que generaron sus aportes; por lo tanto, resulta totalmente improcedente condenar a devolver dichos

rendimientos que únicamente se generaron con ocasión a la afiliación de la actora a Porvenir y así mismo los gastos de administración cobrados de manera legítima conforme a lo que permite la ley por la administración de dichos recursos.

En lo que tiene que ver con la condena a devolver lo concerniente a los descuentos por seguros provisionales, tal orden desconoce que la demandante estuvo protegida ante contingencias de invalidez y muerte, por lo que ordenar a la entidad a devolver dicha suma sería desconocer dicha protección que ha tenido hasta la fecha; que el hecho de que no se hubiera hecho efectivo, no significa que la demandante careciera de dicha protección y, además, es un descuento totalmente autorizado por la ley, por lo que resulta totalmente improcedente condenar a devolver dichas sumas.

Colpensiones

Sustentó su recurso en el que señaló que decisión de primera instancia no cumplió con el principio de legalidad que establece la Ley 100 del 1993 y la Ley 797 del 2003, en razón a que no toma en cuenta la prohibición legal en la que se encontraba la demandante para el momento de la solicitud de la nulidad del traslado realizada a Colpensiones; que de igual forma, se evidenció que el traslado de los aportes enunciados anteriormente se realizó con plena voluntad del cotizante y en consecuencia no es procedente declarar la nulidad de la filiación realizada por la accionante al régimen de ahorro individual con solidaridad, suscribiendo unos formularios para efectuar dicha voluntad, lo cual se ratificó con los más de 24 años que duró realizando cotizaciones en el régimen de ahorro individual con solidaridad con Porvenir, razón por la que no resulta dable condenar a la entidad a recibir los aportes para activar la afiliación al régimen de prima media,

Sostuvo, que la actora se encontraba inmersa en la prohibición que establece el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto al momento de hacer la solicitud contaba con 47 años de edad; que la demandante tampoco pudo recuperar el régimen de transición de conformidad con lo dispuesto por la Corte Constitucional al no contar con 15 años de servicio al 1° de abril del 1994.

Enfatizó, que tampoco se puede hablar de una falta de información por parte de Porvenir en cuánto a que no realizó las proyecciones pensionales a la demandante, frente a lo cual debe tenerse en cuenta que las proyecciones pensionales no son pruebas útiles para demostrar un vicio en el consentimiento en el momento en que se decidió su traslado, toda vez que no eran obligaciones que exigía la ley, pues las proyecciones

pensionales nacieron en el Decreto 2071 de 2015; es decir, con posterioridad al traslado de la afiliada; que la figura de la filiación de los traslados se han venido estructurando en el tiempo en razón que se han exigido mayores requisitos referentes al deber de la información que no se veían reflejados para el momento de la afiliación en el año 1997.

Adujo, que la actora manifestaba que parte del deber de información radicaba en que no se le indicaron las ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual, para lo cual se precisaba que las características, condiciones y modalidades pensionales propias de este régimen están consagradas en el artículo 59 y siguientes de la Ley 100 del 1993, norma que por ser de alcance nacional impone su conocimiento a todos los ciudadanos a partir de la promulgación en los términos del artículo 11 del Código Civil, por lo cual no es dable que se alegue un desconocimiento de la norma.

Por último, pretende que se devuelva la totalidad de los aportes consignados en la cuenta de ahorros de la demandante, incluyéndose los gastos administrativos, inclusive los que fueron ya facturados por la AFP Porvenir hasta el momento en que dure su afiliación en razón a que si no se realizan esos descuentos, se estaría faltando de manera grave al sistema general de pensiones administrado por Colpensiones, y afectando el derecho los demás afiliados que han estado cotizando fielmente ante el régimen de prima media desde hace tiempo. Así mismo, solicita sea absuelta de la condena en costas impuestas por el juzgado.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión que: i) la señora ANA LEONILDA TEQUÍA SUÁREZ se afilió al ISS donde aportó desde el 19 de octubre de 1994, al 31 de

diciembre de 1994, un total de 10,57 semanas de cotización (f.º 82); *ii*) que el **26 de junio de 1997**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de formulario con la AFP Porvenir S.A. (f.º 156), entidad en la cual se encuentra actualmente.

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que

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

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

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

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

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o

diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

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

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

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**26 de junio de 1997**–, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Porvenir S.A., el cual fue suscrito el **26 de junio de 1997** (fº. 156), de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

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

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

totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocrinó:

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

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado, sin que sea de recibo la sentencia referida por el a quo

para negar el reconocimiento de los mismos, pues como bien lo mencionó se trató del estudio de una ineficacia de traslado respecto de un afiliado pensionado, lo cual no corresponde al presente asunto.

Por tanto, se hace necesario, adicionar el ordinal cuarto de la decisión de instancia en el sentido de ordenar a la AFP Porvenir, el traslado a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de ella, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

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

PRESCRIPCIÓN

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

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA

En cuanto a la condena en costas a Colpensiones en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas a la parte vencida en

el proceso, luego al resultar Colpensiones vencida en juicio en tanto tiene que recibir al actor y activar su afiliación, además de presentar oposición a las pretensiones de la demanda, debe ser condenada en costas.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandada Porvenir S.A. y Colpensiones, como quiera que su recurso de alzada no prosperó, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, durante la permanencia de la demandante en está, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

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



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

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

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CECILIA DE LOS ÁNGELES ROMERO MORALES CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, Y LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR.

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:**ANTECEDENTES**

Pretende la señora **CECILIA DE LOS ÁNGELES ROMERO MORALES**, se **declare** la nulidad y/o ineficacia de su traslado del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) efectuada a través de ING Pensiones y cesantías hoy Protección. En consecuencia, se **ordene** a Protección, Porvenir y Colfondos trasladar a Colpensiones todos sus aportes, bonos, sumas adicionales recibidos por concepto de su afiliación y rendimientos generados durante el tiempo que estuvo afiliada a cada AFP; se **ordene** a Colpensiones recibir sus aportes; y se **condene** a las demandadas a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º113-119), señaló en síntesis, que nació el 20 de octubre de 1960; que se afilió a RPM aportando al ISS, pero que posteriormente se trasladó al RAIS administrado inicialmente por Protección S.A. (ING), luego a Porvenir (Horizonte) y finalmente a Colfondos. Agregó que el 24 de agosto de 2017, radicó formulario de afiliación ante Colpensiones para retornar del

RAIS, pero que esa entidad negó el traslado argumentando que se encontraba a menos de 10 años para cumplir la edad de pensión.

Explicó, que el traslado al RAIS no obedeció a una verdadera, libre y plena manifestación de la voluntad, que por el contrario el acto de traslado desde su nacimiento había estado viciado por error de hecho que recaía sobre el objeto, no solo por la falta de información veraz y suficiente, sino además por el engaño al que se vio sometida por el asesor del fondo; que la asesoría suministrada careció de técnica y de buena fe, porque no le informaron sobre: *i)* la diferencia que existe entre los dos regímenes pensionales; *ii)* las modalidades de pensión que manejaban los fondos privados, ni los pro ni los contra de cada una; *iii)* que la eventual mesada pensional dependía del mercado; *iv)* las consecuencias que traería para su caso en particular trasladarse a dicho régimen; y *v)* las características del RAIS, en especial que su pensión dependía del capital acumulado, ni le hicieron un estudio previo e individual sobre las ventajas y desventajas de trasladarse al RAIS. Adicionó que Colfondos se informó que la pensión más alta que podía reconocerle a los 60 años es de \$1.485.387 mientras que en Colpensiones su mesada sería de 3.000.000.; y que agotó la reclamación administrativa.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 126-133), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, solo aceptó la fecha de nacimiento de la demandante; que estuvo afiliada al ISS; que su traslado al RAIS donde estuvo en varias AFP; que diligenció formulario de afiliación a Colpensiones, pero que la misma fue negada y que agotó la reclamación administrativa; frente a los demás, señaló que no le constaban por ser situaciones ajenas a esa entidad. Propuso como excepciones las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y la innominada o genérica.

La **AFP COLFONDOS S.A.** contestó (f.º 149-169), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, que estuvo afiliada al ISS y posteriormente en 1999 se trasladó al RAIS, y que pertenece a Colfondos desde el año 2012; frente a los demás señaló que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos, y aclaró que la demandante tenía derecho a elegir libre y voluntariamente el fondo de pensiones al cual quería pertenecer, seleccionando a Colfondos para lo cual diligenció un

formulario de afiliación, pero previo a ello se le brindó la asesoría y reasesoría sobre las implicaciones del cambio de régimen, ventajas, desventajas, diferencias de los regímenes pensionales, derecho de retractación, las diferentes modalidades de pensión, lo referente al bono pensional y demás características propias del RAIS.

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

La AFP **PROTECCIÓN S.A.**, contestó (f.º 206-221), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, su vinculación inicialmente al ISS y posteriormente a varias AFP, entre ellas Protección S.A.; frente a los demás, refirió que no le constaban por corresponder a otra entidad, o que no eran ciertos y aclaró que informó de manera objetiva e integral sobre todas las características del RAIS en comparación con el RPM, puntualmente sobre: *i)* cuenta de ahorro individual vs. fondo común; *ii)* capital acumulado vs. requisitos de edad y semanas de cotización; *iii)* garantía de pensión mínima en RAIS; y *iv)* devolución de saldos vs. indemnización sustitutiva.

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

PORVENIR S.A. contestó (f.º 268-275), también oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos solo aceptó la fecha de nacimiento de la actora; frente a los demás, manifestó que unos no le constaban por corresponder a otras entidades y a otros que no eran ciertos, aclarando que le brindó a la parte actora una asesoría integral la cual fue clara, veraz y oportuna, y acorde con las disposiciones legales. Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, e innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 10 de marzo de 2021 (f.º 299 CD), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de 1999.

SEGUNDO: CONDENAR a demandada Colfondos a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes junto con los rendimientos causados sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración.

TERCERO: CONDENAR a la demandada COLPENSIONES a que acepte el traslado y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante.

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

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada PROTECCION fijando como agencias en derecho la suma de \$600.000.

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

Indicó, que el deber de información tenía varias etapas, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; que para el año 1999, cuando la demandante se trasladó, la AFP ING hoy Protección, debía como mínimo haberla ilustrado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluía dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.

Consideró, que Protección que fue la AFP a través de la cual se hizo el traslado de régimen del RPM al RAIS, no allegó prueba de que le hubiese brindado a la demandante una asesoría respecto de las características propias del RAIS, aclarando que ese deber de información debe cumplirse desde el traslado de régimen pensional, para este caso en 1999, cuando se le debió ilustrar sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Advirtió, que la carga de la prueba de demostrar que información brindó al momento del traslado era de la AFP Protección, y que al proceso ni siquiera se allegó el formulario de afiliación y que del interrogatorio de parte rendido por la demandante

no podía extraer ninguna confesión respecto de que esa AFP hubiese cumplido con su deber de información en 1999.

Explicó, que si bien la demandante había realizado traslados entre fondos privados pasando de ING a Horizonte, a Colfondos, a ING, y nuevamente a Colfondos donde permanece actualmente, ello no implicaba que hubiese subsanado la falencia en que se incurrió al momento del traslado, máxime que no se demostró que alguno de estos fondos le hubiese entregado la información en los términos atrás referidos. En consecuencia, concluyó que declararían ineficaz el traslado de régimen pensional, lo que afectaba los traslados horizontales por ella realizados entre el RAIS, y le ordenaría a el último fondo que trasladara los aportes realizados por la demandante junto con los rendimientos, sin que pudiese descontar suma alguna por gastos de administración.

La parte demandada integrada por Colpensiones, Colfondos, Porvenir y Protección a quienes le fue adversa la decisión, no interpusieron recurso algo.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, de conformidad con el artículo 69 CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión que: *i)* la señora CECILIA DE LOS ÁNGELES ROMERO MORALES se afilió al ISS donde aportó desde 1° de junio de 1995 hasta 30 de noviembre de 1999, un total de 228,14 semanas (f.° 106-108); *ii)* que el **11 de octubre de 1999**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con ING hoy Protección S.A. (f.° 170); *iii)* que el 21 de septiembre del 2000, se trasladó a la AFP Horizonte hoy Porvenir (f.° 170 y 277); *iv)* que el 25 de septiembre de 2001 suscribió formulario de vinculación con Colfondos (f.°

170 y 172); v) que el 29 de noviembre de 2004 regresó a ING hoy Protección (f.º 170 y 222); y vi) que el 6 de marzo de 2012 retorno a Colfondos (f.º 170 y 171), AFP en la que se encuentra actualmente.

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –11 de octubre de 1999-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «libre y voluntariamente» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

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

Ahora bien, que en este asunto la AFP ING hoy Protección no allegó al plenario prueba alguna que demuestre que para el 11 de octubre de 1999 ilustró a la accionante sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

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

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

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse

en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

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

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

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

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

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

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

totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocrinó:

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

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, **debidamente indexados** y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, 1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

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

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

PRESCRIPCIÓN

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

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

COSTAS

Sin Costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR EL NUMERAL SEGUNDO el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., únicamente en el sentido de **CONDENAR:**

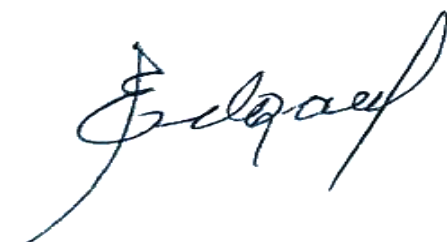
- A la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliada a esa administradora, esto es, entre el 1° de diciembre de 1999 y el 31 de octubre del 2000, y del 1° de enero de 2005 al 30 de abril de 2012. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.
- A la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.
- A COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación de la demandante CECILIA DE LOS ÁNGELES ROMERO MORALES, entre el 1° de noviembre de 2001 y el 31 de diciembre de 2004, y desde el 1° de mayo de 2012 en adelante, esto es,

las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL****DEMANDANTE: LUZ STELLA QUINTERO FARFÁN****DEMANDADOS: JUAN MARÍA LUQUERNA REYES, JUAN PABLO LUQUERNA
RECALDE, JULY VIVIANA LUQUERNA RACALDE COMO PERSONAS NATURALES
Y COMO HEREDEROS DETERMINADOS DE JULIA LUISA RECALDE SANTA CRUZ
Y HEREDEROS INDETERMINADOS**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA**ANTECEDENTES**

pretende la señora **LUZ STELLA QUINTERO FARFÁN**, se **declare** que existió un contrato laboral con la señora Juliá Luisa Recalde Santa Cruz desde el 29 de junio del año 2000 hasta la fecha de fallecimiento de la señora Juliá Luisa Recalde Santa Cruz, se **declare** que existió sustitución patronal con los señores Juan María Luquerna Reyes, Juan Pablo Luquerna Recalde y July Viviana Luquerna Recalde desde la fecha de fallecimiento de la señora Juliá Luisa Recalde Santa Cruz hasta el 6 de febrero de 2016, se **declare** que Juan María Luquerna Reyes, Juan Pablo Luquerna Recalde y July Viviana Luquerna Recalde como herederos determinados de la señora Julia Luisa Recalde Santa Cruz son solidariamente responsables de las obligaciones laborales dejadas de pagar desde el 29 de junio de 2000 al 6 de febrero de 2016.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicita se **condene** a los señores Juan María Luquerna Reyes, Juan Pablo Luquerna Recalde Y July Viviana Luquerna Recalde como personas naturales y como herederos de Julia

Luisa Recalde Santa Cruz a los aportes dejados de realizar al sistema general de seguridad social en pensiones desde el 29 de junio de 2000 al 6 de febrero de 2016, con base en el salario que devengaba y que correspondía a la suma de \$900.000, al pago de la pensión sanción a partir del 14 de octubre de 2010, de las cesantías e intereses a las cesantías desde el 29 de junio de 2000 al 6 de febrero de 2016, vacaciones y primas de servicios de todo el tiempo laborado, a la indemnización contemplada en el artículo 65 de CST por el no pago de salarios y prestaciones sociales, festivos y dominicales laborados, a la indemnización por despido sin justa causa establecido en el artículo 65 del CST, a la indemnización por no consignación a las cesantías, intereses de mora de cada mesada pensional conforme al artículo 141 de la Ley 100 de 1993, costas y agencias en derecho (f° 58-68).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.° 68-79), señaló que trabajó para los demandados Juan María Luquerna Reyes y Juliá Luisa Recalde Santacruz en la finca rancho J.J. ubicada en el Municipio de San Francisco; que la señora Julia Luisa Recalde Santacruz era la compañera permanente del señor Juan María Luquerna Reyes; que al momento del fallecimiento de la señora Luquerna Reyes la relación laboral continuó en el mismo lugar donde venía laborando; que como contraprestación de los servicios recibía la suma de \$900.000 mensuales.

Sostuvo, que realizaba labores permanentes de cocina, aseo de todas las instalaciones, mantenimiento de la piscina, manejo y atención de personal para eventos, atención al cliente y administradora, cumpliendo un horario de lunes a vienes desde las 7:30 a.m. a 5:00 a.m. sábados, domingos y festivos de 5:00 a.m. 1:00 a.m.; que durante la vigencia de la relación laboral no le fueron canceladas las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas de servicios, ni tampoco se le reconoció horas extras, dominicales y festivos; que el contrato le fue terminado sin justa causa el día 6 de febrero de 2016.

Relató, que nació en el año 1960, por lo que para la fecha de presentación de la demanda contaba con 56 años de edad; que laboró para los demandados desde el 29 de junio de 2000, al 6 de febrero de 2016, por lo que al haber sido despedida injustamente y sin que se le hiciera aportes a seguridad social en pensiones la hace beneficiaria de la pensión sanción.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

Los demandados **Juan María Luquerna Reyes** y **Juan Pablo Luquerna Recalde** contestaron (f.º 96-109), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, solo aceptaron que los demandados Juan Pablo y July Viviana Luquerna Recalde son herederos de la señora Julia Luisa Recalde Santacruz; negaron los demás hechos al sostener que no existió ningún vínculo laboral entre ellos y la demandante: Propusieron como excepción de fondo, la de prescripción.

La demandada **July Viviana Luquerna Recalde** contestó (f.º 148-164), oponiéndose a las pretensiones de la demanda: En relación a los hechos, solo aceptó el parentesco con la señora Julia Luisa Recalde Santacruz y calidad de heredera, y negó los demás. Propuso como excepción de mérito, la de prescripción de la acción.

Los **herederos indeterminados** fueron representados por curador ad litem, quien contestó (fº 207-209), señalando que ni se opone, ni acepta las pretensiones de la demanda: En cuanto a los hechos, dijo no constarle y propuso como excepción de fondo prescripción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 10 de febrero de 2020 (CD – fº 320), resolvió:

1. **DECLARAR** que entre la demandante y el señor Juan María Luquerna Reyes existieron 33 contratos de trabajo a término fijo, ejecutados entre el 18 de julio de 2010 al 13 de enero de 2016, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.
2. **DESVINCULAR** del proceso a los señores Juan Pablo y July Viviana Luquerna demandados directos y como herederos de la señora Juliá Luisa Recalde (Q.E.P.D).
3. **CONDENAR** al demandado Juan María Luquerna Reyes a pagar a la demandante las siguientes sumas de dinero:

Cesantías: \$64.454
Intereses a las cesantías: \$966
Prima de servicios: \$49.528.
Vacaciones: \$24.764.
Total: \$139.712

4. **CONDENAR** al demandado Juan María Luquerna Reyes al pago de los aportes pensionales dejados de efectuar a favor de la actora, para

el periodo comprendido entre el 18 de julio de 2010 y el 13 de enero de 2016, tomando en cuenta los salarios mensuales promedio establecidos y laborados por la demandante durante la relación laboral, que se itera fueron 33 contratos de trabajo con duración inferior a un mes.

5. **ABSOLVER** al demandado Juan María Luquerna Reyes de todas las demás pretensiones incoadas en su contra por la demandante.
6. **DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones formuladas por el demandado Juan María Luquerna Reyes en su escrito de contestación y probada la excepción formulada por los demandados Juan Pablo y July Viviana Luquerna, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

Fundamentó su decisión, señalando que como medios probatorios arrimados al plenario se allegó copia de las planillas de asistencia a diferentes personas durante los meses de octubre y noviembre del año 2015, entre ellos la demandante, en los que se evidenció que estas personas prestaban su servicio en la finca de propiedad del señor Juan María Luquerna Reyes durante los días en que se realizaba algún evento y también por días de trabajo ordinario.

Arguyó, que de acuerdo con las pruebas allegadas por la parte demandada, se encontró copia de los comprobantes de egreso en los que se cancela una suma de dinero a la demandante por concepto de turnos para eventos y turnos ordinarios cumplidos entre los años 2010 y 2016. En cuanto a los interrogatorios de parte rendidos por los demandados se aceptó que la demandante prestó sus servicios de forma ocasional en la finca rancho J.J, para cubrir los eventos que se realizaban en el lugar. En relación a la prueba testimonial adujo que existieron varias inconsistencias en sus declaraciones, tales como el hecho de que a ninguno le consta de forma directa los hechos que rodearon la supuesta relación laboral, así como tampoco les constó las condiciones en que esta se desarrolló, pues todos afirmaron ser vecinos del sector o transeúntes de la vía por donde se encuentra localizada la finca, por lo que aseguran haber visto desde la parte externa del predio a la actora desempeñando las funciones de mantenimiento de la piscina, trabajos en la cocina y arreglo de habitaciones.

En relación a la prueba testimonial rendida por la señora María Inés Velázquez, sostuvo que la misma afirmó que la demandante comenzó a laborar en el año 2000 para Juan María Luquerna y que había trabajado en alguna ocasión con ella en la finca el rancho JJ; sin embargo, a pesar de tener muy presente la fecha de inicio del vínculo contractual de la actora, no había recordado el tiempo en el cual ella misma había laborado en esa finca, por lo que el despacho encontró que su declaración no había sido espontánea. En relación a la declaración de la señora

Concepción Benavidez dijo que a pesar de asegurar ser vecina de la finca el rancho, no había podido describir el predio, por lo que consideró la juzgadora que los testimonios carecían de espontaneidad y sinceridad.

Precisó, que del caudal probatorio se podía inferir que la actora ejerció sus actividades en la finca de propiedad de Juan María Luquerna, donde no era autónoma en las decisiones que tomaba, pues como lo afirmaron los mismos demandados a la accionante se le contrató para que desarrollara las labores de limpieza y alimentación de las personas que alquilaban el lugar bajo las instrucciones dadas por el propietario del inmueble, encontrándose demostrada la prestación del servicio y, por ende, la existencia de una relación laboral. En cuanto a los extremos temporales de la relación laboral, recalcó que, al no tenerse credibilidad lo dicho por los testigos, debía tener en cuenta los comprobantes de egreso en los que se encontraba plasmada la firma de la trabajadora como señal de aceptación, con lo cual se comprobaba que había prestado sus servicios en forma esporádica, razón por lo cual debía declarar la existencia de 33 contratos de trabajo en las siguientes fechas:

	Fecha de inicio	Fecha de terminación
1	16 de julio	18 de julio de 2010
2	5 de julio	10 de julio de 2011
3	1° de agosto	7 de agosto de 2011
4	22 de agosto	27 de agosto de 2011
5	17 de septiembre	25 de septiembre de 2011
6	15 de noviembre	20 de noviembre de 2011
7	30 de noviembre	4 de diciembre de 2011
8	28 de mayo	31 de mayo de 2012
9	5 de junio	25 de junio de 2012
10	25 de octubre	21 de octubre de 2012
11	8 de enero	13 de enero de 2013
12	4 de marzo	10 de marzo de 2013
13	22 de octubre	27 de octubre de 2013
14	3 de marzo	7 de marzo de 2014
15	9 de abril	13 de abril de 2014
16	12 de mayo	18 de mayo de 2014
17	1 de julio	6 de julio de 2014
18	25 de agosto	31 de agosto de 2014
19	15 de septiembre	20 de setiembre de 2014
20	10 de octubre	23 octubre de 2014
21	12 de diciembre	19 de diciembre de 2014

22	9 de marzo	14 de marzo de 2015
23	17 de marzo	22 de marzo de 2015
24	10 de mayo	16 de mayo de 2015
25	5 de junio	22 de junio de 2015
26	21 de julio	26 de julio de 2015
27	25 de agosto	28 de agosto 2015
28	28 de septiembre	30 de septiembre de 2015
29	1 de octubre	11 de octubre de 2015
30	3 de noviembre	6 de noviembre de 2015
31	10 de noviembre	16 de noviembre de 2015
32	5 de enero	8 de enero de 2016
33	25 de enero	31 de enero de 2016

De conformidad con lo anterior, declaró la excepción de prescripción parcial de los derechos laborales causados con anterioridad al 13 de enero del año 2013. Finalmente, en cuanto a la indemnización moratoria estableció que encontraba probada la buena fe por parte del demandado, teniendo en cuenta que desde la contestación de la demanda y a lo largo del juicio afirmó haber cancelado, en la oportunidad correspondiente, la suma de dinero acordada con la actora para el apoyo de cada evento, al punto de manifestar que en tal sentido, no le adeudaba concepto alguno a la finalización del vínculo laboral, lo que dejaba entrever que el señor Luquerna durante el transcurso de la relación laboral, actuó bajo una creencia legítima y fundada de estar procediendo conforme a derecho, no encontrando prueba alguna que permitiera inferir una actitud directa irreflexivamente encaminada a vulnerar los derechos laborales de la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante manifestó su inconformidad respecto del extremo inicial de la relación laboral, la cual considera que lo fue a partir del año 2000, en razón a ello deben reliquidarse las prestaciones sociales. Acotó que de acuerdo con la realidad procesal se pudo establecer que la demandante trabajó como aseadora de la finca el Rancho JJ, en la cual tenía como función o trabajo personal de realizar y atender 130 en habitaciones para la estadía de las personas cuando vinieran a hacer el evento, siendo la encargada de ese mantenimiento y la administración de dicho establecimiento; no obstante, se tenía que el demandado había evadido la responsabilidad asumida frente a su trabajador.

Indicó, que el demandado no pidió el interrogatorio de parte y el Juzgado tampoco lo hizo de oficio, guiándose la decisión únicamente en los interrogatorio de parte de los demandados y los testimonios de la parte demandante, por lo que la actividad probatoria del accionado fue la de ocultar dicha situación, en vista de que los documentos que aportó no especifican todos los extremos de la relación laboral; pero al preguntársele al señor Juan María Lucerna las fechas de la relación laboral, hizo una afirmación negativa de no saber cuáles eran los extremos de la relación laboral, lo que debía tenerse como un indicio en su contra, pues al dar una respuesta negativa quiso evitar la confesión del interrogatorio frente a los extremos de la relación laboral.

Señaló, que no se tuvo en cuenta que alguno de los testigos que declararon fueron compañeros de trabajo de la demandante y afirmaron que se desempeñaba en calidad de administradora de las instalaciones del Rancho JJ; el señor Roy Rigoberto Castañeda vecino del demandado, habló de los horarios de la demandante que eran de 5:30 o 6 a.m. hasta las 10 pm, cuando había eventos y cuando no había eventos de 7 am a 5 pm., lo cual demuestra la continua subordinación, toda vez que después de que se realizaban los eventos debía realizar el aseo de las instalaciones; que por esa razón dichas personas eran testigos presenciales de la actividad que desarrollaba la actora.

Recalcó, que demandante no era empleada de eventos de fines de semana, si no que era una trabajadora de manera constante y permanente, toda vez que, si se analiza que los eventos eran de viernes, sábado y domingo, durante esos días no se quitan las sábanas de las camas, siendo en los días de la semana que se realiza el aseo, para poder nuevamente al fin de semana siguiente, tener el inmueble en condiciones para su uso; por lo tanto, debe determinarse de manera clara y precisa los extremos de la relación laboral, más aún cuando los testigos de manera unísona mencionan que efectivamente había una constante permanencia en el trabajo, una continua subordinación y prestación del servicio personal de la accionante frente al demandado, lo cual quiere decir que los recibos que se aportaron son simplemente de factores salariales, más no de un contrato durante esas fechas.

Agregó, que debe tenerse en cuenta también que laboró días, sábados, domingos y festivos, que no fueron cancelados bajo dicha condición. En cuanto a la indemnización del artículo 65 del CST, debe tenerse en cuenta que si existieron 33 contratos, deberían haber 33 liquidaciones, lo cual quiera decir que se omitió su

deber legal, téngase en cuenta que el señor Juan María Luquerna Reyes, es contador o sea que tenía una preparación en materia laboral sobre prestaciones sociales y esa omisión de querer sustraer de esa obligación, además de no haber efectuado aportes a seguridad social en pensiones durante la vigencia de la relación laboral lo cual demuestra su mala fe.

En cuanto a la no consignación de las cesantías en un fondo se tiene que a la demandante nunca se le realizó el pago, ni a la inscripción en el fondo de pensiones y cesantías, lo cual quiere decir que durante el término de la relación laboral del año 2000 al año 2016, no hubo un pago, ni una afiliación a un fondo de cesantías, lo cual acarrea una sanción.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con el recurso de alzada corresponde esta Sala decisión establecer: *i)* los extremos de la relación laboral, *ii.)* si fue cancelado el trabajo suplementario, dominical y festivo, *iii)* si debe condenarse a la parte demandada a la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 CST y a la sanción por no consignación a las cesantías.

En el *sub examine*, no son materia de controversia los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora Luz Stella Quintero laboró al servicio del señor Juan María Luquerna Reyes en la finca J.J ubicada en el Municipio de San Francisco Cundinamarca, ejerciendo las labores de cocina, aseo de las instalaciones, mantenimiento de la piscina, manejo y atención de personal para eventos, atención al cliente y administradora; y *ii)* que el extremo final de la relación laboral fue el 13 de enero de 2016.

EXTREMOS DE LA RELACIÓN LABORAL

Se tiene que la controversia radica tanto en el extremo inicial de la relación laboral como en la continuidad de la labor desarrollada por la demandante, toda vez que el Juez de primera instancia consideró que no había existido una única relación laboral, sino que la misma se había ejecutado en 33 contratos, desarrollando la señora Luz Stella Quintero su actividad únicamente los fines de semana, conforme a los comprobantes de pago allegados por la parte demandada.

A fin de poder resolver el asunto, es necesario hacer referencia a la prueba testimonial, puesto que con esta es que la parte actora pretende demostrar que la relación laboral inició en el año 2000 y no en el 2010, como fue declarado por el *a quo*.

Previamente se pone de presente que audio en el que se encuentra grabada la audiencia presenta algunas fallas (CD f° 290); sin embargo, en su mayoría las declaraciones de los testimonios se alcanzan a escuchar, excepto la versión de la señora **LUZ MARINA SÁNCHEZ**, situación de la se percató la parte actora y la Juez como se evidencia de la diligencia que se llevó a cabo el 26 de agosto de 2019 (CD f°313), en la que señala que para un mayor proveer se dispuso que el apoderado de la parte actora hiciera la relación de las preguntas que se habían efectuado en la audiencia anterior, allegándose escrito por parte del apoderado contentivo de la transcripción de las preguntas adelantadas en su oportunidad, del cual se le corrió traslado a la parte demandada, quien no hizo manifestación alguna; no obstante, para la Sala, el procedimiento adelantado por el juzgado de conocimiento para tratar de reconstruir tal deponencia, no se ajustó a los requisitos del artículo 126 del CGP, por cuanto la transcripción allegada al expediente (f° 303-312), es parcial, pues tan solo contiene las preguntas que le hizo el abogado de la parte actora y la respuesta a ellas, lo que significa que a más de no corresponder dicho documento a la totalidad de la declaración rendida por esta, tampoco se tiene certeza que sea fidedigna a lo que ella expuso en la audiencia, razón por la cual la misma no será tomada en cuenta por esta Sala de Decisión.

En cuanto a la señora **MARÍA CONCEPCIÓN BENAVIDEZ**, manifestó que fue vecina de la finca donde laboró la señora Luz Stella; para el momento de la declaración afirmó que conocía a la demandante aproximadamente 10 años; en cuando a la pregunta relacionada con el inició de la relación laboral afirmó, que lo fue en el año 2000, al preguntársele por qué le consta, dijo: *«porque yo sabía que ella entró en el año 2000 a trabajar, porque yo la veía que estaba todos los días también, yo la veía trabajando, la veía lavando, la veía haciendo aseo, la veía haciéndole aseo a la piscina, yo era la vecina del señor»*.

Más adelante, señaló que hacía 4 años había vendido la finca; que supo sobre la finalización de la relación laboral y se enteró porque se encontró con la señora Luz Stella en el pueblo y le preguntó si estaba trabajando en el hotel, y la demandante le dijo que la habían despedido; igualmente informó que la finca

ocupaba más personal a parte de la actora; que vivió en la vereda aproximadamente 33 años. De otra parte, se le preguntó que hiciera una descripción de cómo eran las instalaciones del Rancho J.J. por la parte externa, guardando en silencio a dicho interrogante; también dijo que la finca donde ella vivía quedaba a 1.500 metros y que desde allí podía observar las labores ejercidas por la demandante y las órdenes dadas; se le interrogó si conocía las instalaciones internas del Rancho J.J y nuevamente su respuesta quedó en silencio; no obstante, se le insistió si las conocía o no, para lo cual contestó que estuvo en varias ocasiones allí, pero no hizo referencia a la descripción solicitada. Se le preguntó también si conocía las movilidades del Rancho J.J. contestando «no, porque ya hace rato que yo me fui de ahí de la vereda el arrayan, solo vengo cada 8 cada 15 días».

En la declaración del señor **RIGOBERTO CASTAÑEDA LAMPREA**, dijo que era vecino del lugar donde laboraba la demandante; que llegó a trabajar en la finca vecina el 1° de marzo de 2000 y distinguió a la demandante trabajando a mediados del 2000; que el lugar donde él labora los divide una carretera del hotel donde prestaba los servicios la señora Luz Stella, como a unos 50 metros; dijo que la mayoría del tiempo en la finca Rancho J.J. se hacían eventos; que la demandante prestaba sus servicios desde las 5:30 a 6:00 a.m. hasta las 11:00 o 12:00 de la noche, cuando habían eventos y cuando no habían eventos de 7:00 a.m. a 5 o 6 p.m.; aseguró haberla visto todos los días prestando el servicio desde la finca donde él laboraba; que realizaba el mantenimiento en dos fincas una que quedaba en la parte de arriba y otra en parte de abajo; al preguntársele como hacía desde la parte de abajo para poderla ver, frente a lo cual contestó: «yo mantengo en esa finca de ahí, ahí le sigo un mantenimiento, ahí me han visto trabajando también y es que desde abajo se ve».

Por último, la señora **MARÍA INÉS VELÁSQUEZ** manifestó que conoció a la demandante hace 30 años, que ella trabajaba en el hotel todos los días; aseguró que la actora entró a laborar en el año 2000; que trabajó con ella en la finca cuando había mucho trabajo, pero no recuerda en que época laboró allí; que tiene una casa cerca al hotel a unos 300 metros; que la accionante debía hacer aseo y cocinar en la finca; que allí los eventos se hacían cada 8 días y que la demandante solo descansaba 1 día; que la actora laboró hasta el año 2016 y se enteró por rumores de la gente; que veía a la señora Quintero casi todos los días pasando por su casa.

De acuerdo a las anteriores declaraciones, si bien podría decirse que todos fueron contundentes en manifestar que la relación laboral inició en el año 2000 y

que se ejerció de manera continua, lo cierto es que al analizarse de manera detallada cada una de sus manifestaciones efectuadas, las mismas fueron contradictorias entre sí, no ofreciendo total credibilidad en cuanto a la continuidad en la prestación personal del servicio de la actora para el enjuiciado, como se pasa a ver.

En primer lugar, ninguno de ellos afirmó con precisión haber presenciado de manera directa la relación laboral que ejerció la señora Luz Stella para el señor Juan María Luquerna Reyes en la finca el Rancho J.J.; por su parte la señora MARÍA CONCEPCIÓN BENAVIDEZ a pesar de asegurar que la demandante ingresó en el año 2000 y que la veía todos los días desde su finca, afirmó que el lugar donde ella residía queda a 1.500 metros, siendo imposible que desde dicha distancia pudiera observar con claridad el tiempo en que la demandante prestó el servicio, como lo sostuvo; en cuanto a la fecha de inicio solo dijo que sabía que había sido desde el año 2000, sin dar detalles específicos frente a su afirmación; igualmente dijo conocer la finca Rancho J.J. y haber ingresado a las instalaciones, pero cuando se le preguntó que la describiera guardó silencio, aspectos que no dan credibilidad a su versión.

De otro lado, la señora MARÍA INÉS VELÁSQUEZ quien aseguró haber laborado en ocasiones en la finca Rancho J.J.; es decir, quien pudo haber conocido con más detalle la actividad laboral que ejerció la señora Luz Stella, tuvo muy claro y específico el ingreso de la relación laboral de la actora, pero frente al tiempo en que ella laboró en la finca no supo dar una respuesta concreta, situación que deja un manto de duda en su deponencia, pues resulta incomprensible que se recuerde con precisión y claridad tiempos de servicios prestados con una persona ajena, pero no el propio.

En cuanto al señor RIGOBERTO CASTAÑEDA LAMPREA, el mismo tampoco fue testigo presencial, pues manifestó que era trabajador de otra finca cercana que quedaba en la parte de abajo a unos 50 metros, y que también realizaba el mantenimiento de otra finca cercana, de donde podía observar desde ambas fincas la labor que desarrollaba la demandante, situación que tampoco se logra comprender con claridad, pues más adelante en su versión dijo al preguntársele: *«Don Rigoberto infórmele al despacho cómo comparte usted esa dualidad de labores abajo y arriba en las dos fincas que le permitan ver las labores internamente que hace o hacía la señora Luz Stella Quintero Farfán»*. Frente a lo cual contestó: *«Si porque pongámosle que cuando hacen labores en la piscina eso se escucha o empieza a bajar el*

agua, y la veía que era ella la que estaba trabajando ahí, porque el agua que sacan de la oficina empieza a bajar enfrente de nosotros, y ahí era donde veía que ella trabajaba ahí».

Como bien se puede apreciar de su versión, no resulta claro si lograba ver o no a la señora Luz Stella realizando esa labor, o simplemente lo suponía al escuchar el agua que bajaba desde la piscina; aunado a que no manifestó tampoco aspectos concretos con los cuales su pudiera determinar que la demandante ejercía la labor todos los días o simplemente lo eran los días en que se realizaban eventos en la finca; además, conforme a los hechos de la demanda, esta no era la única tarea que debía ejecutar la trabajadora, y frente a aquellas nada dijo la declarante. En razón a este punto, cabe resaltar que en lo que sí coincidieron todos los testigos, así como de los interrogatorios de partes rendidos por los demandados es que en la finca Rancho J.J. se hacían eventos algunos fines de semana y días festivos.

Así las cosas, es evidente que la prueba testimonial no resultó un medio probatorio contundente con el cual se pudiera declarar la existencia de la relación laboral a partir del año 2000, como se pretende en escrito de demanda, como tampoco que la actividad laboral o labor desplegada por la actora a favor del convocado a juicio fuera en forma permanente y continua, sin que se pudiera contar con otro medio probatorio que diera certeza de ello.

Resulta pertinente recordar, que darles mayor credibilidad a unos medios probatorios que a otros, no constituye una violación de la ley procesal, por cuanto los jueces gozan de la *«potestad legal de apreciar libremente la prueba»* en los términos previstos en el citado artículo 61 CPTSS, y con ello poder formar su convencimiento con base en el principio de la sana crítica, acerca de los hechos discutidos, tal como lo ha tenido por sentando la alta Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, donde ha dicho: *«[...] con base en aquellos elementos de prueba que más los induzcan a hallar la verdad real, siempre y cuando las inferencias del juzgador sean lógicas y aceptables, por lo cual quedan abrigadas por la presunción de legalidad. De suerte que los jueces de instancia, conforme a esa potestad legal, pueden válidamente fundar su decisión en aquellos elementos probatorios que les merezcan mayor persuasión o credibilidad, ya sea en forma prevalente o excluyente de lo que surja entre una u otra prueba, sin que esa escogencia razonada configure un yerro»* (Sentencia SL 832-2013, 19 nov. 2013, rad. 44772; reiterada en sentencia SL2833-2017).

De acuerdo con lo anterior, al juez de primera instancia le ofreció mayor convicción los comprobantes de pago para establecer la existencia de la relación laboral, extremos y salario, pues todos ellos contienen la firma de la demandante y

dan constancia de las fechas en que fue prestado el servicio, lo cual no resulta desacertado pues es lo que lógicamente se infiere de dichos medios de prueba; además, como se explicó la testimonial no ofrece total certeza de la manera en que se desarrolló dicha relación laboral, particularmente, en lo atinente a la no solución de continuidad en la prestación personal del servicio de la trabajadora.

Cabe agregar, conforme a los elementos de convicción traídos al informativo, no resulta de recibo el argumento del apelante en cuanto a que la lavada de las sábanas de las camas de las habitaciones se hacía entre semana y por ello, la demandante también prestaba el servicio esos días, pues resulta ser una suposición del abogado, más no un hecho probado, pues aquella labor, bien podía ser ejecutada por un tercero, dado que como se puede extraer de la prueba testimonial, en el lugar donde prestó el servicio la señora Quintero, había más personal contratado por el demandado para la atención de los huéspedes, sus compañeros (as) de trabajo, resultando claro que la actora no era la única persona que realizaba labores en la finca, como lo pretende hacer ver el recurrente, de tal manera que no puede concluirse inequívocamente que dicha tarea la debía ejecutar la promotora del litigio durante el transcurso de la semana.

Tampoco resulta ser cierto que el demandado en su interrogatorio de parte dio una respuesta negativa en relación a los extremos de la relación laboral y por ello debe declararse confeso, pues si bien dijo no recordarlo, sí manifestó que ello se encontraba acreditado con los desprendibles de pago; por consiguiente, se mantendrá la decisión de primera instancia en relación a este aspecto.

TRABAJO SUPLEMENTARIO, DOMINICALES Y FESTIVOS

En consideración este punto, revisados los comprobantes de pago se logra apreciar que para el año 2013, la demandante percibió un valor aproximado por día de \$27.500, para el año 2014 fue de \$29.500, para el año 2015 y 2016 fue de \$31.500; al verificarse el salario mínimo legal mensual vigente de cada uno de estos años fue: 2013 \$589.500, 2014 \$616.000, 2015 \$644.350 y 2016 \$689.455; siendo entonces el salario diario de cada año así: 2013: \$19.650, 2014: \$20.533,33, 2015: \$21.478,33 y 2016: \$21.478,33. Conforme a estos montos, se tiene que los pagos efectuados por el convocado a juicio son superiores, de donde se infiere que en esa suma está incluido lo que pudo generarse por concepto de recargos por trabajos en dominicales o festivos.

De otra parte, en cuanto a las horas extras, no existe en el informativo elementos de juicio que den certeza del tiempo exacto en que la actora laboró de manera extraordinaria durante esos días, lo cual imposibilita un cálculo adicional, carga probatoria que ella correspondía, en los términos del artículo 167 del CGP, aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del CPTSS.

INDEMNIZACIÓN DEL ART. 65 CST

En lo referente a esta clase de indemnización, es criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que por tener su origen en el incumplimiento del empleador de ciertas prestaciones, goza de una naturaleza eminentemente sancionatoria y como tal su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena fe que guiaron la conducta del empleador, tal y como lo ha indicado en sentencias SL16572-2016 y SL11436-2016, entre otras.

Así las cosas, para determinar si hubo buena fe en la actuación del empleador, se deben considerar los elementos y las circunstancias existentes al momento de la finalización del vínculo laboral, que se supone es el momento en que el empleador debe satisfacer las obligaciones económicas que tiene con el trabajador, tal y como lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ, 8 de abr. 2008, rad. 29999, posición reiterada en sentencia CSJ, 24 de ene. 2012, rad. 37288.

Acorde con tal criterio jurisprudencial, y de conformidad con la situación fáctica que se evidencia, considera esta Sala de Decisión, que no existen méritos suficientes que establezcan que el demandado actuara de buena fe, pues si bien la demandante laboró únicamente los fines de semana y sus salarios fueron cancelados oportunamente como consta en comprobantes de egreso que militan en el expediente, ello fue producto de la contraprestación de sus servicios personales en las labores de cocina, aseo de todas las instalaciones, mantenimiento de la piscina, manejo y atención de personal para eventos, atención al cliente, entre otras tareas, lo cual, como quedó acreditado, se dieron bajo la continuaba subordinación y dependencia del empleador, señor Juan María Luquerna Reyes, propietario de la finca JJ, elementos que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 del CST, dan lugar a presumir que ese vínculo contractual era de carácter laboral, lo que conlleva no solo el pago de salarios, sino de las acreencias propias de este tipo de contratos, como lo son el pago de primas, cesantías, vacaciones y aportes a seguridad social, que debieron ser cancelados de manera proporcional al servicios

prestado, por lo que no son de recibo los argumentos del a quo para negar el reconocimiento de la indemnización solicitada.

Ahora, para determinar el valor de esta indemnización, la misma deberá calcularse sobre un salario SMLMV para el año 2016, momento en que finalizó la relación laboral, como quiera que la demandante no devengó más dicho monto, por mes laborado. Así las cosas, conforme a lo dispuesto en el párrafo 2° del artículo 65 del CST, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, corresponde un día de salario por cada día de retardo en cuantía diaria de \$22.981,83, suma que se deberá cancelar por parte del demandado desde el 13 de enero de 2016, hasta que efectúe el pago total de los valores adeudados que genera dicha sanción, esto es las primas de servicio y cesantías.

Debe aclararse, que si bien se determinó la existencia de 33 contratos laborales, la indemnización moratoria correrá a partir de la finalización del último contrato laboral suscrito entre las partes que lo fue 13 de enero de 2016, pues al efecto ha dicho la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que cuanto las pretensiones están cimentadas en una única relación laboral como se pretendió en la demanda, se debe tomar para reexaminar las condenas, el último vínculo de carácter laboral continuo que ató a las partes. Así se dijo en sentencia SL5165-2017, en la que se reitera la sentencia CSJ, 19 oct. 2006, rad. 27371, lo siguiente:

En cuanto a la existencia de solución de continuidad entre los diversos contratos, se observa que, de acuerdo con la certificación aportada a folios 131 y 225, de los contratos suscritos entre el 1 de marzo de 1994 y el 30 de noviembre de 2002, apenas si se presentaron algunas interrupciones entre uno y otro contrato, siendo la mayor apenas de una semana, entre el 28 de febrero y el 8 de marzo de 1999, por lo que no aparece que se hubiere dado una solución de continuidad de la relación laboral, toda vez que, a pesar de ser numerosos los contratos celebrados por unos términos establecidos, la verdad que aflora es que la demandante siempre cumplió las mismas funciones para el demandado, por lo que la suscripción de un nuevo contrato, cada vez que se vencía el anterior, apenas era una mera formalidad y no obedecía a la intención de desvincular a la trabajadora.

*Cosa diferente ocurre con el contrato celebrado a partir del 1 de agosto de 1993, que venció el 30 de enero de 1994, pues el siguiente se celebró **un mes después**, el 1 de marzo de 1994, de donde, por lo prolongado de la interrupción del servicio, no es posible inferir que la intención de las partes era continuar con una misma relación de trabajo y que apenas se trataba de una mera formalidad.*

*Como quiera que las pretensiones de la demanda inicial están cimentadas sobre la base de una sola relación de trabajo, se tendrán en cuenta para **reexaminar las condenas** de primera instancia, los extremos comprendidos entre el 1 de marzo de 1994 y el 30 de noviembre de 2002, que corresponden a la **última relación laboral continúa sostenida por las partes** (Resalta la Sala).*

SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS

El artículo 99 de la ley 50 de 1990, establece que la falta de consignación de una anualidad de cesantías origina la mora hasta el momento en que ocurra la satisfacción de esa parte de la prestación o a partir de la terminación del contrato, momento en que empieza a causarse la indemnización moratoria por no pagarse acreencias labores; en tal medida, se tiene que la sanción por no consignación a las cesantías corresponde a un día de salario por cada día de retardo, en caso de que se adeuden las cesantías de años consecutivos; no obstante, en el presente asunto tal obligación no surgió como quiera que los diferentes contratos suscritos finalizaron antes de que naciera la obligación de ser consignadas; por lo tanto, lo que correspondía era entregar directamente a la actora el respectivo valor de las cesantías a la finalización de cada contrato; en relación a dicho asunto la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, señaló en sentencia SL4112-2018:

Ahora bien, en lo que concierne a la indemnización por no consignación de la cesantía, el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 establece que el empleador deberá consignar en un fondo la cesantía del trabajador antes del 15 de febrero del año siguiente. En el presente caso, las múltiples relaciones laborales culminaron antes de que surgiera la obligación del empleador de liquidar la cesantía y consignarla en un fondo y, por tal razón, el empleador no tuvo a su cargo dicha obligación en vigencia de los contratos de trabajo, situación que impide hablar de mora, en la medida que no le correspondía hacer el depósito a un fondo, sino entregar la cesantía directamente al trabajador con la respectiva liquidación final de cada contrato. En consecuencia, no procede la condena por este concepto.

En consecuencia, habrá de revocarse parcialmente la decisión de primera instancia únicamente en lo que respecta a la indemnización moratoria.

COSTAS

Sin costas en esta instancia, como quiera que el recurso de alzada prosperó parcialmente.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral 5 de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá; en su lugar se

CONDENA al señor Juan María Luquerna Reyes a pagar a la señora Luz Stella Quintero Farfán indemnización moratoria contemplada en el parágrafo 2° del artículo 65 del CST, modificado por el canon 29 de la Ley 789/02, en la suma de \$22.981,83 a partir del 13 de enero de 2016, y hasta que se efectuó el pago total de las primas de servicios y cesantías adeudadas, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ROQUE GARZÓN CASTILLO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **ROQUE GARZÓN CASTILLO**, se **declare** la «*nulidad e ineficacia*» del traslado de régimen que realizó el 7 de julio de 1998 a la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se ordene a la AFP Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero que se encuentre depositado en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales; así mismo, se ordene a Colpensiones a realizar todas las gestiones pertinentes encaminadas a anular el traslado de régimen y a recibirlo sin solución de continuidad; solicita también la condena en costas y demás condenas ultra y extra petita (Exp. Digital – cuaderno 01- pág. 3-5).

Como hechos fundamento de las pretensiones (Exp. Digital – cuaderno 01- pág. 5-7), señaló en síntesis, que nació el 29 de mayo de 1957; que se afilió al sistema general de pensiones con el ISS en el año 1986, en donde cotizó 326 semanas; que para el 7 de julio de 1997, se trasladó a la AFP Provenir S.A.; que durante toda su vida laboral ha cotizado un total de 1.290 semanas.

Narró, que la aparente decisión libre y voluntaria no estuvo precedida de la suficiente ilustración de las ventajas y desventajas del sistema de seguridad social por parte del fondo privado, por lo que no existe consentimiento, libertad y voluntariedad; que la entidad no le informó de manera clara, expresa, suficiente e informada antes del 28 de mayo de 2008, sobre la imposibilidad de trasladarse cuando le faltare diez o menos años para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión.

Por último, señaló que el 29 de octubre y 1° de noviembre de 2019, solicitó ante las accionadas su traslado de régimen.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (Exp. Digital-cuaderno 01- pág. 95-119), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, dijo no constarle los numerales 1, 2 y 10; y no ser cierto los demás. Propuso como excepciones de fondo prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

COLPENSIONES contestó (Exp. Digital-cuaderno 01- pág. 127-132), también se opuso a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó ser cierto la fecha de nacimiento de la demandante, afiliación de la actora a dicha entidad y aportes realizados, así como la petición de traslado que fue presentada por la promotora del proceso, en relación a los demás señaló no constarle. Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción, caducidad, declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, remitió el proceso al Juzgado Primero Laboral Transitorio de Bogotá D.C., en virtud del acuerdo PCSJA21-11766 del 11 de marzo de 2021, quien mediante sentencia del 1° de julio de 2021 (Exp. Digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del señor **ROQUE GARZÓN CASTILLO** identificado con C.C N° 197.478, del régimen de Prima Media con Prestación administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones al de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la AFP ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR, realizado el día 07 de julio de 1998, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al demandante **ROQUE GARZON CASTILLO**, identificada con C.C. N.° 197.478, al Régimen de Prima

Media con Prestación Definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de pensiones-Colpensiones, como si nunca se hubiera trasladado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada AFP ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor ROQUE GARZON CASTILLO, identificado con C.C. N.º197.478, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEXTO: COSTAS en esta instancia a cargo de las COLPENSIONES Y PORVENIR y a favor del demandante. Fíjese la suma de \$500.000 como agencias en derecho a cargo de cada uno de las accionadas.

[...]

Fundamentó su decisión, haciendo referencia a las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre el alcance del deber de información a cargo de cada una de las administradoras de fondos de pensiones y en las que se hace la prevención de la ineficacia del traslado de régimen cuando se demuestre su inobservancia. Así mismo, refirió que dicha Corporación ha hecho un estudio sobre el valor probatorio del formulario de afiliación indicando que se tiene por desacertado el cumplimiento del deber de información a través de dicho medio probatorio.

Indicó, que al realizar el estudio de la línea jurisprudencial antes dicha puedo concluir que la información que imparte el asesor o promotor del fondo privado debe contener los aspectos favorables como desfavorables del cambio de régimen; debe informarse al posible afiliado el capital necesario que se requiere para obtener una pensión mínima en el RAIS; que el traslado del régimen de prima media al RAIS no se convalida por las distintas vinculaciones que se surtan entre administradoras que conforman ésta último régimen y que, no es necesario que el afiliado demuestre ser beneficiario del régimen de transición o que deba tener un derecho consolidado o adquirido.

Sostuvo, que de conformidad con las pruebas allegadas al proceso pudo evidenciar que el demandante estuvo afiliado en el régimen de prima media con prestación definida cotizando un total de 326,14 semanas; que se afilió al RAIS a través de formulario de afiliación que se suscribió el 7 de julio de 1998, en donde únicamente se indicó la voluntad de selección y afiliación; que la misma se hizo de manera libre, espontánea y sin presiones; que al verificarse el interrogatorio vertido por el actor del mismo no se pudo extraer una

confesión. Concluyendo que con las pruebas recaudadas las mismas no eran suficiente dar por demostrado el cumplimiento del deber de información.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP Porvenir S.A.**, interpuso recurso de apelación, señalando que el formulario de afiliación nunca fue tachado de falso, de manera que el mismo debió tenerse en cuenta, pues la leyenda inscrita en dicho formulario hacía constar que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria como lo estipulaba el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, lo cual no se constituye como un documento vacío dentro del formulario de afiliación, sino una exigencia legal estipulada por la normatividad vigente.

Resaltó, que para el año 1998, se tenía acreditado que el actor estuvo afiliado con Horizonte S.A. y que fue a través de la fusión que se dio en el año 2003, entre dicha entidad y Porvenir S.A.; que el actor se tuvo como vinculado a esta última entidad, sin que para momento de la fusión Porvenir S.A. hubiera recibido concepto alguno por gastos de administración.

Colpensiones

Sustentó su recurso indicando que para el momento que se surtió el traslado en el año 1998, la única exigencia normativa para dar trámite y validez a dicha petición era la suscripción del respectivo formulario de vinculación; que no existía ninguna otra obligación legal para las administradoras de pensiones en relación a documentar la asesoría de traslado, efectuar simulaciones, proyecciones pensionales o comparativos entre uno u otro régimen, de manera que suscrito el respectivo formulario por el afiliado quedó legalizada la vinculación al régimen de ahorro individual.

Acotó, que si bien el formulario de afiliación es un formato pre-impreso, también lo es que es un formato que se encontraba debidamente autorizado por la Superintendencia Financiera, cumpliéndose con las exigencias normativas para ese momento, no siendo caprichosa la información suscrita, además de que el mismo se firmó sin ningún tipo de presión o engaño. Sostuvo, que en el interrogatorio de parte, si bien el actor señaló que suscribió el formulario por presión del empleador y que en ningún momento recibió visita por parte del representante de Horizonte; no obstante, el formulario se encuentra firmado y suscrito por un representante de ese fondo de pensiones; bajo lo anterior, no existe credibilidad de lo dicho por el actor de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de su

vinculación con horizonte. Indicó que no es correcto exigirse a Provenir allegar medios probatorios adicionales cuando ni siquiera fue dicho fondo quien lo asesoró directamente.

Finalmente, manifestó que en caso de confirmarse la decisión la misma debe adicionarse condenándose Porvenir a trasladar junto con los saldos de la cuenta individual del demandante los conceptos de seguros provisionales, fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, porque de no hacerse Colpensiones tendría un detrimento patrimonial. Adicionalmente, solicitó se revoque la condena en costas habida cuenta que Colpensiones comparece al proceso por ser la administradora de pensiones en la cual retornaría el demandante de prosperar la pretensión principal de ineficacia de traslado, conflicto que se suscita directamente con el RAIS y no con Colpensiones, quien no fue la entidad que lo asesoró.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión que: *i)* el señor ROQUE GARZÓN CASTILLO se afilió al ISS donde aportó desde el 12 de febrero de 1986, al 29 de enero de 1996, un total de 326,71 semanas de cotización (Exp. Digital- Cuaderno principal 01-Pág. 31-32); y *ii)* que el **7 de julio de 1998**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de formulario con la AFP Horizonte la cual se hizo efectiva a partir del 1° de septiembre de 1998 (Exp. Digital- Cuaderno principal 01-Pág.37 y 45), entidad que fue fusionada por la AFP Porvenir, en donde se encuentra actualmente.

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que,

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

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

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

b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

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

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

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

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

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus

potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

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

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**7 de julio de 1998**-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Horizonte S.A., el cual fue suscrito el **7 de julio de 1998** ((Exp. Digital-Cuaderno principal 01-Pág.37 y 45), de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impressa en

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por la juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

Por tanto, se hace necesario, adicionar el ordinal tercero de la decisión de instancia en el sentido de ordenar a la AFP Porvenir, el traslado a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de ella, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima

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

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

PRESCRIPCIÓN

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

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA

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

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandada Porvenir S.A. y Colpensiones, como quiera que su recurso de alzada no prosperó, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

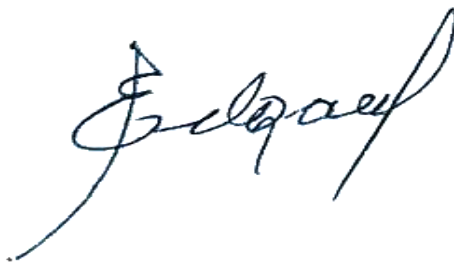
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal tercero de la sentencia proferida por el Juzgado 8° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, durante la permanencia de la demandante en está, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Édgar', with a stylized, flowing script.

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PATRICIA MERCEDES PIESCHACÓN
COVALEDA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR Y AFP OLD MUTUAL (SKANDIA)**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **PATRICIA MERCEDES PIESCHACÓN COVALEDA**, se **declare** la nulidad de la afiliación del régimen de prima media con prestación definida al RAIS efectuada en el mes de abril de 2000 con la AFP Porvenir S.A., por existir engaño y asalto en su buena fe, induciéndola a error y viciando el consentimiento, para que se trasladará al RAIS; se **declare** la nulidad de la afiliación de traslado efectuada el 25 de julio de 2008 con la AFP Skandia – Old Mutual; se **ordene** a la AFP Porvenir retornarla junto con todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses con los rendimientos que se hubieran causado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; se **ordene** a Colpensiones recibirla en el régimen de prima media con prestación definida y mantenerla como afiliada desde el 16 de junio de 1990, sin solución de continuidad; se **condene** a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho, y se haga uso de las facultades ultra y extra petita (f°5).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 6-8), señaló en síntesis, que nació el 6 de abril de 1993; que desde el 16 de junio de 1990 hasta el 31 de marzo de 2000, estuvo afiliada al ISS; que para el 31 de marzo de 2000, había acumulado 419,71 semanas cotizadas en el régimen de prima media; que para inicios del año 2000, cuando se encontraba laborando para la Fundación Córdio Infantil, los asesores de la AFP Porvenir le presentaron el nuevo régimen pensional, indicándole que el Seguro Social se iba acabar y sus ahorros se perderían a menos de que se afiliara al fondo privado, le informaron que recibiría una mesada pensional superior a la que el ofrecían en el régimen de prima media; no le informó sobre las consecuencias prestacionales que conllevaba el traslado.

Añadió, que para julio de 2008, los asesores de Skandia – Old Mutual, le ofrecieron servicios de pensiones voluntarias, sin tener conocimiento que lo que realmente se estaba realizando era un traslado; que para el mes de marzo de 2009, nuevamente solicitó un traslado hacía la AFP Porvenir, el cual se realizó en el mes de mayo de 2009; que acumula un total de 1,291 semanas en el sistema general de pensiones; que los días 7 de febrero y 16 de noviembre de 2019, y el 16 de noviembre de 2018, solicitó ante las demandadas la nulidad del traslado y retorno del régimen, los cuales fueron negados.

Por último, señaló que la AFP Porvenir le hizo una simulación de su mesada pensional cuándo llegará a los 57 años de edad, en donde obtendría una mesada de \$1.266.100, que al efectuarse la misma proyección ante Colpensiones, obtendría como mesada pensional la suma de \$4.377.118.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 127-135), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y reclamación efectuada por la parte actora ante la entidad, así como su negativa; en cuanto a los demás hechos, dijo no constarle. Formuló como excepciones de fondo, las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe e innominada o genérica.

La **OLD MUTUAL (SKANDIA)** contestó (f.º 139-147), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó fecha de nacimiento de la demandante, fecha de traslado de la demandante a la AFP Porvenir, solicitud presentada por la actora para el cambio de régimen y respuesta; frente a los demás hechos, dijo no constarle. Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción, cobro de lo no

debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó, ni intervino en el momento de la selección del régimen, buena fe, supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares, ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el actor y genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (f.º184-205), también oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Frente a los hechos manifestó no constarle los numerales 1 a 3, 8, 9, 14 a 17, y no ser ciertos los demás. Propuso como excepciones de mérito, las de fondo prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 13 de abril de 2021 (CD f.º 267), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz la afiliación o traslado efectuado por la señora demandante **PATRICIA MERCEDES PIESCHACÓN**, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de la **AFP PORVENIR**, el día (30) de agosto del año (2000), como consecuencia de lo anterior, **DECLARAR** la ineficaz los traslados horizontales que hizo y se **ORDENA** a la **AFP PORVENIR**, donde actualmente se encuentra afiliada traslade los recursos o sumas que obran en su cuenta de ahorro individual al Régimen de Prima Media a través de la administradora **COLPENSIONES**, a esta que reciba dichos recursos, reactive la afiliación de la señora demandante y los acredite como semanas debidamente cotizadas, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado dada la consecuencia natural de esta ineficacia. Todo lo anterior, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: ABSOLVER a la **AFP SKANDIA**, de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: NO CONDENAR EN COSTAS a favor ni en contra de ninguna de las partes conforme se expuso.

Fundamentó su decisión, indicando que la demandante se trasladó al RAIS el día 30 de agosto del año 2000, y suscribió el 25 de julio del año 2008, formulario de traslado horizontal a Skandia, regresando nuevamente a la AFP Porvenir el 25 de marzo del año 2009.

Seguidamente, hizo mención a lo dispuesto en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, normatividad que dispone que la selección de cualquiera de los regímenes debe ser de manera libre y voluntaria por parte del afiliado que para tal efecto manifestó por escrito su intención del traslado; posteriormente, aludió a la jurisprudencia

de la Corte suprema de Justicia Sala de Casación Laboral relacionada con la ineficacia de traslado por falta de información, refiriéndose también a los traslados horizontales, manifestando al respecto que esto no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen; igualmente hizo alusión al deber de información sobre la ilustración de las características, condiciones, acceso riesgos y efectos de cada uno de los regímenes pensionales.

Sostuvo, que en el presente caso le correspondía a la AFP la carga de la prueba en relación al deber de información, frente a lo cual no encontró que el fondo demandado hubiera allegado formulario de afiliación, tampoco obraba otro documento o prueba testimonial que diera fe respecto de si brindó o si cumplió con el deber de información al momento del traslado de la demandante. Preciso, el operador judicial que en la mayoría de las veces los demandantes cogen un formato para presentar la demanda, en donde se expresan las mismas situaciones, cuando cada caso tiene sus propias características, de manera que deben analizarse de manera particular; encontrando de la declaración de la demandante contradicción con la demanda, pues manifestó que no hubo ningún asesor, sino que quien efectuó el traslado fue una persona de talento humano; sin embargo, a pesar de la existencia o no de un asesor, en el presente asunto no se había cumplido con el deber de información; razón por lo cual declaró ineficaz el traslado que hizo la demandante a la AFP Porvenir.

Negó el reconocimiento de pólizas, porque consideró que no es procedente la misma, argumentando que conforme al criterio de la Corte Suprema Sala Laboral en las recientes sentencias donde no se accedió la ineficacia del traslado de una persona ya pensionada en el RAIS, era imposible devolver las cosas a su estado anterior, siendo improcedente la ineficacia, explicando que esas sumas que se gastan en su momento por parte de los fondos para cubrir pólizas y demás tienen un objetivo específico y regulado en la ley como por ejemplo, precaver cualquier riesgo frente Invalidez, vejez o muerte por parte del afiliado; por consiguiente, consideró el *a quo* que no encontró ningún fundamento para que se ordenará a Porvenir devolver esos valores. Así mismo, negó el reconocimiento de gastos de administración, argumentando que ambos regímenes pensionales se cobran dicha suma que se encuentran sustentados en la ley.

En relación a la AFP Skandia, señaló que se trató de un traslado horizontal, por lo que debía absolverla de cualquier pretensión invocada en el presente asunto dado que no estaba en cabeza suya ninguna responsabilidad, sino que la misma recaía únicamente en Porvenir quien debía trasladar los recursos a Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP Porvenir S.A.**, interpuso recurso de apelación, señalando que el Juez al declarar la ineficacia del traslado, impuso a la entidad la obligación de probar que suministró información clara y suficiente; pero no valoró el consentimiento informado para su libre escogencia, el cual se materializó con la solicitud de afiliación N°. 01429049, en la que la demandante expresó que hacía constar de manera libre y voluntaria su decisión respecto al régimen de ahorro individual al ser enterada de las características de este, particularmente del régimen de transición y las implicaciones de su decisión.

Indicó, que conforme al artículo 114 de la Ley 100 de 1993, no se trata de una simple declaración vacía incluida en un formato, sino de un requerimiento legal expresamente señalado sobre la firma del afiliado, considerado como una persona legalmente capaz para obligarse; que en el hipotético caso de que se aceptará que la decisión del afiliado sufre una carencia total de información es incuestionable e inocultable que siempre se le garantizó el derecho de retracto, pues así lo dispone el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, también el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Acotó, que era importante señalar que la declaratoria de ineficacia desconoce el principio de la autonomía de la voluntad privada definida en la jurisprudencia constitucional como el carácter vinculante de disponer de sus intereses y beneficios del que son titulares y, por ende, crear derechos y obligaciones siempre que se respete el orden público y las buenas costumbres. Dijo que la demandante se afilió voluntariamente al régimen privado con solidaridad administrado por Porvenir S.A., que no había ingresado a su patrimonio ningún derecho pensional consolidado, de manera que no existía razón jurídica ni fáctica para que Porvenir le impidiera poder decidir libremente cambiar de régimen; que los derechos a cargo del sistema de seguridad social en pensiones no se consolidan con la simple afiliación como lo hace entender la parte actora en la demanda, sino que se constituye mediante actos continuos y sucesivos del pago de aportes a lo largo del tiempo, por lo que declarar la ineficacia de un traslado pensional a partir de alcances diferentes a lo que comunica la norma constituye un desbalance del subsistema pensional subsidiado por el Estado, lo cual se ha hecho de forma masiva, sin tenerse en cuenta que el ordenamiento jurídico garantizó la libertad de elección de régimen pensional en cabeza del afiliado con las consecuencias jurídicas que ello conlleva como lo estipuló el Magistrado Quiroz Alemán en sentencia del año 2020.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión que: *i)* la señora PATRICIA MERCEDES PIESCHACÓN CONVALEDA se afilió al ISS donde aportó desde el 16 de junio de 1990, al 31 de marzo de 2000, un total de 419,71 semanas de cotización (f.º 32 - 34); *ii)* que el **30 de agosto del 2000**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de formulario con la AFP Porvenir S.A. (f.º 58 v/to); *iii)* que el 25 de julio de 2008, se trasladó a la AFP Skandia (f.º 148); y *iv)* que el 25 de marzo de 2009, nuevamente se trasladó a la AFP Porvenir (f.º 58), entidad en la cual se encuentra actualmente.

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Porvenir S.A. y que paso por alto el *a quo*, el cual fue suscrito el **30 de agosto del 2000** (fº. 58 v/to), de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, 1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado, sin que sea de recibo la sentencia referida por el *a quo* para negar el reconocimiento de los mismos, pues como bien lo mencionó se trató del estudio de una ineficacia de traslado respecto de un afiliado pensionado, lo cual no corresponde al presente asunto.

Por tanto, se hace necesario, adicionar el ordinal primero y revocar el ordinal segundo de la decisión de instancia en el sentido de ordenar a la AFP Porvenir y a Old Mutual (Skandia), el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquellas, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y

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

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

PRESCRIPCIÓN

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

COSTAS

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal primero de la sentencia proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a la AFP

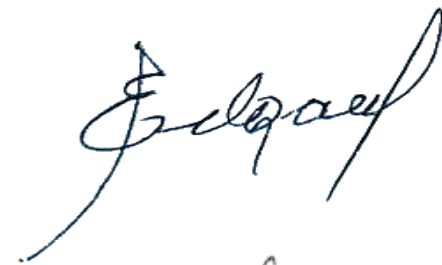
PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, durante la permanencia de la demandante en está, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: REVOCAR el ordinal segundo de la sentencia, en su lugar **CONDENAR** a la y AFP SKANDIA (OLD MUTUAL) a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, durante la permanencia de la demandante en está, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



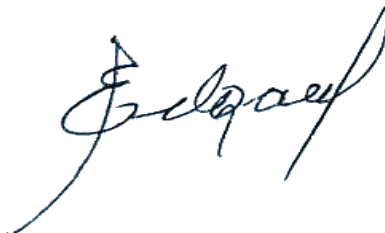
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

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



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: GIOVANNI EDUARDO GARCÍA TOVAR
DEMANDADOS: SOCIEDAD SIETE24 LTDA**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA**ANTECEDENTES**

Pretende el señor **GIOVANNI EDUARDO GARCÍA TOVAR**, se **declare** que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido a un año, que tuvo vigencia entre el 4 de junio de 2016 hasta el 3 de junio de 2017; y que fue despedido sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a la indemnización establecida en el artículo 64 del CST, al pago del reajuste salarial y de las prestaciones sociales y vacaciones de acuerdo con el salario real que debió devengar, la indemnización moratoria causada tanto por el pago deficitario de salarios y prestaciones sociales, la indexación y se haga uso de las facultades extra y ultra petita (f° 3-4).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.° 3-4), señaló, en síntesis, que celebró un contrato de trabajo a término fijo a un año con la sociedad SIETE24 LTDA., contrato que inició el 4 de junio de 2016 y terminó el 3 de junio de 2017; que como resultado de la firma de ese contrato laboró de manera personal e

ininterrumpida hasta el 16 de diciembre de 2016; que durante la vigencia del contrato se desempeñó como gerente de procesos.

Refirió, que el contrato le fue terminado de manera unilateral y sin justa causa, bajo la modalidad de un contrato a término indefinido, siendo en realidad un contrato a término fijo a un año; que percibió como último salario la suma de \$3.600.000 cuando en realidad de acuerdo con el contrato de trabajo pactado debía devengar la suma de \$6.000.000; que la liquidación de su contrato se hizo con base en un salario de \$3.600.000; que su empleador no cumplió con la obligación de informarle por escrito a la última dirección registrada dentro de los 60 días siguientes a la terminación del contrato el estado de pago de las cotizaciones de seguridad social y parafiscales sobre los salarios de los últimos tres meses.

Acotó, que debió suscribir la liquidación de prestaciones sociales debido a que necesitaba dinero para su sustento, más nunca ha renunciado a sus derechos laborales; que el valor no constitutivo de salario no puede exceder del 20% del salario; que solicitó en varias oportunidades el contrato original que firmó con el empleador, pero después de mucho insistir le fue entregado una copia diferente en su contenido, toda vez que el mismo decía que el contrato laboral había sido suscrito a término indefinido. Por último, manifestó que existe un acta de conciliación entre las partes promovida por el Ministerio de Trabajo con constancia de no acuerdo.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La sociedad **SIETE24 LTDA** contestó (f.º 42-51), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó los numerales 3 y 16, los cuales tiene relación al cargo y funciones desempeñadas; y acta de conciliación suscrita entre las partes ante el Ministerio del Trabajo con constancia de no acuerdo. Propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia de contrato de trabajo a término indefinido, existencia de pacto de exclusión salarial, pago completo y efectivo de la liquidación final de acreencias laborales, prescripción, compensación, buena fe, mala fe e innominada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 20 de enero de 2020 (CD – f°. 94), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a la sociedad SIETE24 LTDA de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor GIOVANNY EDUARDO GARCÍA TOVAR.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante FIJÁNDOSE como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

El *A quo* fijó como problema jurídico establecer la modalidad contractual de las partes, así como indemnización por despido sin justa causa.

Respecto de la modalidad contractual hizo un recuento de las pruebas recaudadas, frente a las cuales concluyó que la misma lo fue a término indefinido, como había quedado demostrado de la copia del contrato que entregó la compañía SIETE24 LTDA en su escrito de contestación, documento que no había sido tachado de falso y al cual se le daba plena validez; lo anterior teniendo en cuenta que la parte actora no había allegado ningún otro documento que lo desvirtuará, fuera de las certificaciones descargadas del sistema, pero de las cuales se había demostrado que por error se introdujo como tipo de contrato término fijo a 1 año, siendo realmente a término indefinido.

Sostuvo, que el testigo Guillermo Pinzón Romero quien era el director de Nómina manifestó que solo se percató del error por la orden de terminación del contrato de trabajo; sobre esa situación la gerente de la compañía demandada manifestó que las certificaciones expedidas para el demandante tenían un error humano, pues las auxiliares al digitar los datos digitaron mal el tipo de contrato y todas las certificaciones seguían saliendo igual.

Indicó, que frente a la oferta publicada en CompuTrabajo, era cierto que se había publicado que era para un contrato a término fijo; sin embargo, no era la misma que se le había ofrecido al demandante, ya que dicha oferta se había dado con posterioridad a su publicación. Además de lo anterior, todos los testigos habían sido coincidentes en afirmar que el contrato del demandante era a término indefinido; en tal sentido debía absolverse a la sociedad demandada de modificar la modalidad contractual, como también debía absolverse a la indemnización del despido sin justa causa.

En cuanto al salario devengado, estableció que para que un factor no sea constitutivo de salario debía haberse pactado y expresado por las partes, que al remitirse a la cláusula 5° del contrato del trabajo se tenía que las partes habían convenido que el trabajador recibiría un auxilio de rodamiento no constitutivo de salario para ningún efecto de un monto de \$2.400.000; y por tanto, no sería base para liquidación de prestaciones sociales, indemnizaciones, cotizaciones a seguridad social, aportes parafiscales y en general de ninguna a creencia laboral.

En el mismo sentido, las partes suscribieron el 14 de junio de 2016, Acta de no pago salarial de mera liberalidad al trabajador en la que se señaló: *«dentro del contrato de trabajo aquí indicado se pactó entre el trabajador y el empleador que este último podía otorgar remuneraciones en dinero o en especie de manera ocasional y por mera liberalidad, los cuales no son para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio, sino que son para desempeñar a cabalidad sus funciones»*. Así mismo, habían pactado que no constituiría salario en dinero o en especie los beneficios convencional o contractualmente acordados de forma extralegal por el empleador, por lo que, basado en lo anterior, el empleador por mera liberalidad otorgó de forma ocasional y de manera mensual un auxilio de rodamiento una suma apreciable en dinero la cual no constituía salario, así: salario básico de \$3.600.000 y auxilio no constitutivo de salario \$2.400.000.

RECURSO APELACIÓN

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación en donde manifestó que no estaba de acuerdo en la valoración que hizo el Despacho de las pruebas presentadas, ya que había sido muy clara la afirmación del señor Julio Molano al decir que él firmó el contrato de trabajo con el señor Giovanni Eduardo García; que el despacho mencionó que la carga de la prueba es de la parte demandante; no obstante, los medios probatorios no están en su poder sino de la empresa SIETE24; que el contrato, como lo refirió en los alegatos de conclusión, nunca apareció, sino que se aportó otro que no es el verdadero, el cual fue firmado por Claudia Suárez, pero no el que manifestó bajo la gravedad de juramento el señor Julio Alejandro Molano Quiché que había suscrito con el señor Geovanny Eduardo. Por lo tanto, considera que a esa prueba no se le dio el suficiente valor.

Arguyó, que como el contrato que se aportó no fue el que firmó, no se puede saber qué fue lo que ellos pactaron y en qué condiciones, si fue un salario de

\$6.000.000 de pesos o si se habló de un auxilio de rodamiento, siendo cambiado en su totalidad; que por eso aparecen diferentes cláusulas, siendo la razón por la cual el señor Julio Molano no conocía el contenido del contrato, no conocía el documento como tal, no conocía que se pactó ni lo que decían las cláusulas.

Tampoco se tuvo en cuenta la declaración del señor Guillermo Pinzón y los pormenores a los que este hizo mención frente a la forma de contratación en la empresa accionada

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de decisión establecer *i)* cuál fue la modalidad contractual suscrita entre las partes; *ii)* si el auxilio de rodamiento que percibió el actor durante la vigencia de la relación laboral fue constitutivo de salario; *iii)* de ser afirmativo lo anterior, si hay lugar a reliquidar las acreencias laborales canceladas y la indemnización por despido sin justa causa.

No son materia de controversia los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el demandante tuvo una relación laboral con la sociedad demandada entre el 4 de junio de 2016 al 16 de diciembre de 2016, ejerciendo el cargo de gerente de procesos; *ii)* que el contrato terminó sin justa causa; *iii)* que percibió como salario básico la suma de \$3.600.000 más \$2.400.000; y *iv)* que percibió como liquidación final de prestaciones sociales la suma de \$9.550.560, incluida la indemnización por despido sin justa causa.

MODALIDAD CONTRACTUAL

Insiste la parte actora en que el contrato suscrito entre las partes fue a término fijo a un año como consta de los certificados laboral que militan dentro del expediente (f°17-21), que al momento en que se suscribió el contrato no le fue entregado copia del mismo, siendo modificado su contenido por parte del empleador durante la vigencia de la relación laboral.

A su turno, la Juez de primera instancia señaló que no existe constancia sobre la existencia de dicho contrato; por el contrario, se incorporó al proceso copia del contrato laboral a término indefinido firmado por ambas partes, el cual deja entrever que en efecto fue la modalidad contractual seleccionada. Al respecto, verificado el caudal probatorio dentro de la presente Litis no se llega a una conclusión diferente, pues en efecto únicamente se cuenta con el contrato laboral a término indefinido, el cual aparece firmado por el actor y el señor Julio Alejandro Molano en calidad de Gerente General y Representante Legal de la sociedad demandada (f° 57), no siendo cierto el argumento del apelante, que el mismo se encuentra suscrito por la señora Claudia Suárez; por lo tanto, no se evidencia que no se haya analizado por parte del *a quo* el interrogatorio de parte rendido por el señor Julio Alejandro Molano, toda vez que al escucharse su declaración éste aceptó haber suscrito el contrato con el demandante, siendo el mismo que reposa en el expediente.

Ahora, si bien dentro del plenario milita algunas certificaciones laborales en donde consta una modalidad contractual diferente, a través de la prueba testimonial en especial de la declaración de Sandra Patricia Gutiérrez (en calidad de gerente general, anteriormente gerente en nómina) y Guillermo Pinzón Romero (Director de nómina y contratación), se dijo que los certificados laborales se descargaban de la página web de la empresa; que por error involuntario se puso en el sistema que la modalidad contractual era a término fijo cuando en realidad el contrato suscrito correspondió a un contrato a término indefinido.

De lo anterior, verificadas las certificaciones adjuntas las mismas lo fueron expedidas en las siguientes fechas: 26 de junio de 2016, 31 de agosto de 2016, 18 de noviembre de 2016 y 20 de diciembre de 2016; situación que llaman la atención de la Sala, pues si todas estas certificaciones que fueron continuas se estableció que la modalidad contractual era a término fijo, lo cual no correspondía a la realidad, pues se recalca el contrato adjunto al proceso se encuentra firmado por el actor, de manera que ya conocía de su contenido, no resultando razonable decir que solo supo del engaño de la empresa una vez finalizó la relación laboral; toda vez que de su interrogatorio de parte se observaron varias inconsistencias; por una parte manifestó que pidió las certificaciones para tener constancia de si la empresa estaba haciendo algo que no debía y posteriormente, pidió el contrato, en donde observó que las certificaciones coincidían con la realidad, pero el contrato no; que ya estando fuera de la compañía, como no tenía que perder hizo oficial la reclamación; no

obstante, a folio 87 se encuentra acuso de recibido del carné y contrato laboral firmado por el demandante, lo que permite evidenciar que sí tuvo copia del contrato inicial suscrito entre las partes.

Más adelante afirmó sobre las certificaciones: *«Tenía doble intención, la primera demostrarle al banco que yo tenía continuidad laboral porque el banco me decía que al tener contrato a término fijo era difícil, era un crédito precisamente para el vehículo, tenía que presentar las certificaciones para esa misma cuota, querían saber que yo seguía trabajando. Y la segunda, intención era tener un documento que validara que tipo de contrato tenía yo y bajo qué condiciones, y ya después más o menos de 2 meses no recibía mi contrato de trabajo y generalmente se genera sospecha. En ese momento yo no vi nada raro en la compañía, pero sí lo hice con doble intención, el 80% del crédito y un 20% tener una certificación que si bien no tenía el contrato que me dijera que estaba trabajando y en qué condiciones».*

Frente a tales declaraciones, no cabe duda que el trabajador no actuó de buena fe, pues aun sabiendo de las inconsistencias que se presentaban, no puso en conocimiento a su empleador dicha situación, pues para el crédito que estaba gestionando le convenía que su contrato lo fuera a término indefinido, pero para la terminación del contrato y la correspondiente indemnización le convenía más que lo fuera a término fijo, siendo entonces que el trabajador manejó dicho tema de acuerdo a su conveniencia, debiéndose sentar esta instancia judicial en la realidad procesal, que no es otra que el contrato que suscribieron las partes en el que se pactó un contrato a término indefinido; por consiguiente, se confirma la decisión del *a quo* respecto de este punto.

PAGOS CONSTITUTIVOS DE SALARIO

Establece el artículo 128 del CST:

ARTICULO 128. PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS. <Artículo modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>
No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto

expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad”. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Sobre el tema la Corte Suprema en su Sala de Casación Laboral ha adoctrinado varios parámetros a tener en cuenta a fin de lograr evidenciar la presencia de pagos que son constitutivos de salario; para lo cual se trae a colación la sentencia SL5159-2018, en la que dijo:

*Aunque esta Corporación en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la habitualidad del pago (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto al total de los ingresos (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277), debe entenderse que estas referencias son contingentes y, en últimas, han sido utilizadas para descifrar la naturaleza retributiva de un emolumento. Quiere decir lo anterior, **que el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo.*** (Negrillas fuera del texto original)

*De acuerdo con lo anterior, podrían existir créditos ocasionales salariales, si, en efecto, retribuyen el servicio; también dineros que en función del total de los ingresos representen un porcentaje minúsculo y, sin embargo, sean salario. **Por ello, en esta oportunidad, vale la pena insistir en que el salario se define por su destino: la retribución de la actividad laboral contratada.*** (Negrillas fuera del texto original)

*Aunque podría surgir una aparente contradicción entre la facultad de excluir incidencia salarial a unos conceptos y a la vez prohibirlo cuando retribuyan el servicio, para la Corte no existe esa oposición. Lo anterior teniendo en cuenta que la posibilidad que le otorga la ley a las partes no recae sobre los pagos retributivos del servicio o que tengan su causa en el trabajo prestado u ofrecido, **sino sobre aquellos emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario.*** (Negrillas fuera del texto original)

[...]

Además de lo anterior, esta Corte ha sostenido que estos acuerdos en tanto son una excepción a la generalidad salarial que se reputa de los pagos realizados en el marco de una relación de trabajo, deben ser expresos, claros, precisos y detallados de los rubros cobijados en él, «pues no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, como tampoco vía interpretación o lectura extensiva, incorporar pagos que no fueron objeto de pacto. Por ello, la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo» (CSJ SL1798-2018).

*Por último, esta Corte ha insistido en que por regla general los ingresos que reciben los trabajadores son salario, a menos que el empleador demuestre su destinación específica, es decir, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio. Lo anterior, hace justicia al hecho de que el empresario es el dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios, de allí que se encuentre en una mejor posición probatoria para **acreditar la destinación específica de los beneficios no salariales, como podría ser cubrir una contingencia, satisfacer una necesidad particular del empleado, facilitar sus funciones o elevar su calidad de vida.*** (Negrillas fuera del texto original)

En la cláusula décimo quinta del contrato laboral suscrito entre las partes se pactó que de conformidad con el artículo 128 del CST, las partes convenían que el trabajador recibiría un auxilio extralegal de rodamiento en la suma de \$2.400.000, no constitutivo de salario (f°56). Así mismo, se suscribió un «otro sí» el 14 de junio de 2016, en el que las partes reiteraron esté auxilio extralegal no constitutivo de salario (f° 85); citándose textualmente en el contrato:

DÉCIMA QUINTA: Obrando de conformidad con el artículo 128 del C.S.T., reformado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1.990, las partes convienen que el TRABAJADOR recibirá un auxilio extralegal de rodamiento en cuantía de DOS MILLONES CUATROCIENTOS MIL PESOS M/CTE. (\$2.400.000.00), auxilio que no constituye salario para ningún efecto y por tanto no serán base de liquidación de Prestaciones sociales, indemnizaciones, cotizaciones a seguridad social aportes parafiscales y en general de ninguna acreencia laboral. (Subrayado fuera del texto original).

Como bien se puede apreciar, del emolumento pactado como factor no constitutivo de salario, el mismo no buscaba una compensación directa del servicio, de su actividad laboral, sino que lo que se acordó era una retribución adicional para efectos de su desplazamiento a fin de desempeñar sus funciones, pues como bien lo reconoció el actor en su interrogatorio de parte la compañía tenía clientes por fuera de la ciudad de Bogotá que debían visitar; por lo tanto, se tiene que dicho rubro de rodamiento era para cubrir esos gastos que se generaban por su traslado de una ciudad a otra.

Cabe agregar, que aun cuando el actor manifestó que no le fue exigido en su contratación tener vehículo, arguyó que en varias ocasiones tuvo que contratar personas a su cargo a quienes sí se les exigía el vehículo; sin embargo, en su caso utilizó eventualmente su vehículo para trabajar. Estas circunstancias permiten establecer que dentro de la compañía sí se exigía contar con vehículo automotor para llevar a cabo sus labores, toda vez que con él se efectuaba el desplazamiento hacía los clientes, por lo que la retribución adicional percibida pretendió cubrir dichos gastos, tal y como fue pactado entre las partes.

De otra parte, sostiene el recurrente que el señor Guillermo Pinzón en su declaración reconoció que todos los contratos suscritos en la compañía contenían un factor no constitutivo de salario, de lo cual se podía extraer que se suscribía de tal manera para no generar esa carga salarial. Revisada la declaración del señor Pinzón se tiene que, si bien indicó que su contrato también tenía un factor no

constitutivo de salario y así como en otros contratos con varios trabajadores de la compañía, lo cierto es que más adelante resaltó que en el caso del demandante que es el que nos interesa, consistía en un auxilio de rodamiento, teniendo en cuenta que por su cargo de directivo debía visitar clientes, versión que coincide con lo pactado y lo manifestado por el actor, lo que conduce a ratificar que efectivamente que esa acreencia pactada era con el fin de facilitar o dar un auxilio al trabajador para el desplazamiento, pero no para retribuir el servicio.

Bajo estas circunstancias, se confirmará la decisión de primera instancia, al quedar demostrado por parte del empleador que el pago adicional percibido por el actor y pactado como factor no constitutivo de salario, permitían facilitar las funciones del trabajador.

COSTAS

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

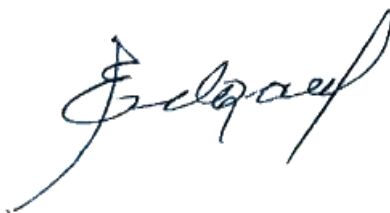
En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

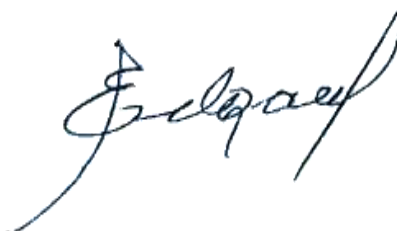


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

Magistrado

**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ****Magistrada****EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS****Magistrado****AUTO DEL PONENTE:**

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

**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

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

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

La demandante pretende se declare «*nulo e ineficaz*» el traslado que realizó del Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones a Porvenir S.A. En consecuencia, solicitó se condene a esta última a retornar los valores consignados en la cuenta de ahorro individual, rendimientos, gastos de administración, fondo de garantía de pensión mínima, bonos pensionales y cualquier otro concepto; asimismo, requirió que se ordene a Colpensiones a reactivar la afiliación y registrar en la historia laboral todos los periodos cotizados en el RAIS. Por último, solicitó que se acceda a lo probado *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 10 de junio de 1966; que cotizó al ISS, hoy Colpensiones a partir del 6 de febrero de 1988; que firmó el formulario de afiliación el 16 de julio de 1998 y el traslado se hizo efectivo el **1° de septiembre de 1998** fecha en la cual había cotizado 516 semanas al ISS.

Señaló, que al momento del traslado, no recibió información y asesoría necesaria, cierta, comprensible, clara, oportuna e imparcial sobre las consecuencias, las ventajas y desventajas, condiciones de acceso y liquidación de la prestación de vejez, ni se le entregó la proyección pensional, asimismo, indicó que, omitió, informar sobre el derecho de retracto y las posibilidades de regresar al RPM.

Adujo, que Porvenir S.A. solo informó que el RAIS otorgaba una mesada superior al RPM, que podía pensionarse a la edad que quisiera, que el ISS iba a liquidar por lo que los afiliados perderían los aportes y que se beneficiaría de los rendimientos de la cuenta, información que al no estar completa no le permitió tomar una decisión consciente y voluntaria; que interpuso solicitud de anulación de afiliación ante Colpensiones y Porvenir S.A el 12 de junio de 2019, las cuales fueron negadas por las entidades (f.º 2 a 15).

II. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de traslado de régimen, la petición y la respuesta dada. Negó no haber suministrado información necesaria para el traslado, por su parte, aclaró que brindó información clara, veraz y suficiente para comprender los efectos de la decisión del traslado, resaltó que comunicó algunas características del régimen, además que, por la edad del demandante, a la fecha del traslado no era posible determinar el monto de la prestación económica.

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

COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la fecha de traslado de régimen pensional, la petición incoada y la respuesta dada. Negó la fecha de afiliación a su entidad y aclaró que esta se dio a partir de 6 de febrero de 1986. Frente a los demás hechos manifestó que no eran ciertos o no le constaban.

En su defensa, propuso como excepciones de fondo, las de *«la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia*

del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de Colpensiones, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica» (expediente judicial).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 28 de junio de 2021 (f.º 67 a 68, CD 3), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la **INEFICACIA** de la afiliación o traslado de la demandante **ASTRID VELASCO MIRANDA** al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, a devolver o trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante **ASTRID VELASCO MIRANDA**, como cotizaciones, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen pensional, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.

TERCERO: DECLARAR que la demandante **ASTRID VELASCO MIRANDA** para efectos pensionales, se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, por las razones expuestas en la parte motiva.

Para arribar a tal determinación, el *ad quo* indicó que no era objeto de discusión que la demandante i) cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde febrero de 1988 hasta el 30 de junio de 1998 y, ii) que el 16 de julio de 1998 decide trasladarse de régimen, efectuando aportes a partir del **1º de septiembre de 1998**.

Como fundamento de su decisión, indicó que el problema jurídico consistía en determinar si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad es ineficaz ante la falta de información necesaria al momento del traslado.

Para el efecto, expuso que es responsabilidad de los fondos de pensiones suministrar información completa y suficiente sobre las implicaciones reales que conlleva el traslado, y trajo a colación reglas jurisprudenciales de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que señalan, i) que los fondo de pensiones deben suministrar al afiliado una información clara, cierta y comprensible al momento del

traslado, ii) que opera la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado y, iii) que es posible declarar la ineficacia sin importar si el afiliado es beneficiario del régimen de transición o está próximo a pensionarse (SL19447-17, SL4964-2018; SL 1452-2019).

Conforme a lo anterior, manifestó que, si bien a la fecha del traslado de la demandante no habían obligaciones tan «*contundentes*» como las actuales, sí existía el deber de informar sobre las características de los regímenes pensionales y aplicarlos a la situación particular. Sin embargo, sostuvo que de la documental allegada al proceso no se logró demostrar el cumplimiento de este deber, pues el formulario de vinculación, del cual pretendían derivar el cumplimiento de esta obligación, era insuficiente para cumplir con la carga probatoria que le asistía.

Además, indicó que a pesar de que, en el interrogatorio de parte, la demandante confesó conocer ciertos requisitos del RAIS, esta información por sí sola no logró derribar las pretensiones de la demanda, ya que debía recibir información sobre ambos regímenes pensionales.

Por lo anterior, infirió que el fondo de pensiones no brindó a la demandante información idónea, por lo que declaró la ineficacia del traslado y, ordenó retornar todos los valores recibidos con ocasión a la afiliación incluidos intereses y rendimientos pagados, sin poder efectuar descuento alguno ni por gastos de administración, ni por cualquier otro concepto. Frente a la ineficacia, señaló que, al pretender el reconocimiento de un estado jurídico, no está sujeto a la prescripción.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. solicita que sea revocada la sentencia de instancia. En sustento de la alzada, señala que, para la fecha en que se realizó el traslado sólo se exigía diligenciar el formulario de afiliación y, que si bien, existía el deber de información, este iba enfocado a evitar la coacción en la escogencia del régimen.

Manifiestó, que en el interrogatorio de parte, la actora confesó conocer no solo las características relevantes del RAIS sino también las del RPM, por lo que, cumplió con los deberes establecidos en el Decreto 663 de 1993; además, el hecho de no entregar proyecciones pensionales o haber realizado alguna advertencia sobre las consecuencias del traslado no implicaba la vulneración al deber de información.

Asimismo, sostiene que la inconformidad de la accionante en cuanto al monto de su mesada pensional no puede ser óbice para declarar la ineficacia, y menos, cuando para la época del traslado no se podía determinar si lograría obtener una mesada pensional. Por último, refiere que, se aparta de la decisión de devolver los rendimientos generados en la cuenta de ahorro, pues si lo que pretende es aplicar las consecuencias de la ineficacia, conforme a la ficción jurídica, se debería entender que estos nunca se generaron.

COLPENSIONES. En sustento del recurso de alzada, reitera que existió confesión de la actora, pues en el interrogatorio hace manifestaciones respecto a las condiciones pensionales en el RPM y en el RAIS, de modo que, debe entenderse que, si se le realizó una comparación entre regímenes y, por lo tanto, la información que se le brindó es válida y suficiente para efectuar el traslado.

Agregó, que la demandante también tiene obligaciones como consumidor financiero que no cumplió. Y finalmente, en lo referente a la devolución de todos los valores, expone que esta decisión no genera *per se*, que no se presente una vulneración al principio de sostenibilidad financiera del sistema.

V. CONSIDERACIONES

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

En el presente asunto no es materia de discusión: i) que la demandante realizó aportes al Instituto de Seguros Sociales desde el 6 de febrero de 1986 hasta el 30 de junio de 1998, un total de 513,14 semanas (expediente digital); y ii) que solicitó la vinculación a Porvenir S.A. el 16 de julio de 1998 (expediente digital), el cual se hizo efectivo el **1º de septiembre de 1998** (expediente digital).

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

DEBER DE INFORMACIÓN

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

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

De modo que, el acto de traslado debe ir precedido de una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional cumplimiento que permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En este sentido, se ha indicado que no hay una manifestación libre y voluntaria cuando el afiliado desconoce la incidencia que tiene el traslado en sus derechos prestacionales, de ahí que, no pueda estimarse satisfecho este requisito con la simple expresión genérica que se plasman en los formularios de afiliación.

Asimismo, no desconoce esta Sala de Decisión que el deber de información con el pasar del tiempo se ha intensificado y con ello las obligaciones a cargo de las administradoras de pensiones, de ahí que del deber de información necesaria (1993-2009) se pasó al de asesoría y buen consejo (2009-2014) y, finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (CSJ SL4062-2021).

CARGA PROBATORIA

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

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

TRASLADO SIN CONDICIONES ESPECIALES

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

CASO CONCRETO

Sea lo primero precisar, que tal como se desprende de los medios de convicción del proceso, la solicitud de vinculación ante el fondo de pensiones Porvenir S.A. se hizo efectiva el **1° de septiembre de 1998**, cuando el deber de información se encontraba en la primera etapa, según la cual, debe entregar información suficiente y transparente que le permita al afiliado elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajuste a sus intereses.

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

previstas en el ordenamiento jurídico como lo plantea la recurrente, pues esta obligación viene consignada en el numeral 1. ° del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Ahora bien, debe hacerse claridad que, si bien la demandante en el interrogatorio de parte manifestó conocer algunas características de los regímenes pensionales, de estas manifestaciones no se puede extraer que conocía a cabalidad las consecuencias y riesgos que le ocasionaba el traslado de régimen pensional, de ahí que, el fondo de pensiones no pueda pretender que acredita el cumplimiento del deber de información cuando suministra información general de los regímenes pensionales, pues su deber en esta primera etapa de evolución de este derecho, va mucho más allá de informar las características generales del sistema, como anteriormente, se dejó sentado.

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

Igualmente, que a pesar de que el recurrente señala que no se puede declarar la ineficacia porque la afiliada solicita el retorno al RPM por la diferencia de la mesada pensional, se itera, que el aspecto que se analiza es el cumplimiento del deber de información al momento de traslado, siendo indiferente el motivo que impulsa a la demandante ejercer la presente acción, pues resulta inane si la mesada pensional presenta una presunta diferencia en su cuantía porque el punto de análisis es el cumplimiento del deber de información al momento de traslado que permita garantizar un consentimiento debidamente informado.

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

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

La declaración de ineficacia trae como consecuencia suponer que el acto jurídico de traslado nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, es decir, con efectos *ex tunc* (desde siempre).

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

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

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

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

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en

que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar que, por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones, las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022) entre muchas otras; como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

Por lo anterior, se hace necesario modificar el numeral SEGUNDO de la decisión de instancia, para adicionar la devolución del porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los cuales deben ir debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, pues como lo dispone la sentencia estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos se financiará las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, la devolución de **manera íntegra** a Colpensiones de todos los dineros aportados por la afiliada al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual.

PRESCRIPCIÓN

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

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

VI. COSTAS

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

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

VII. RESUELVE

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



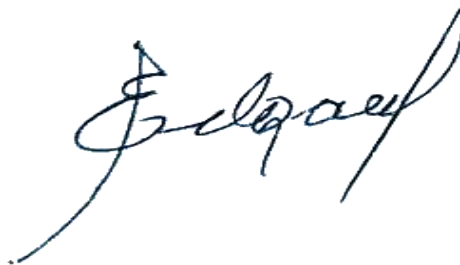
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

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



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial**Tribunal Superior del Distrito Judicial****Bogotá D. C.****SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA EDITH GÓNZALEZ FLÓREZ
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS –
PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

La demandante pretende se declare: i) la «*nullidad*» del traslado que realizó el **10 de diciembre de 1996** a AFP Horizontes y el posterior traslado a Porvenir S.A., ii) que es beneficiaria del régimen de transición. En consecuencia, solicitó se condene a Porvenir S.A. a retornar los valores de la cuenta individual, rendimientos y bono pensional a Colpensiones y, a esta última, a reactivar su afiliación y reconocerle la pensión de vejez.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 22 de febrero de 1959, que cotizó al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones desde septiembre de 1980, hasta octubre de 1995, que al **1º de abril de 1994**, contaba con 15 años de servicio, 35 años y de no haberse efectuado el traslado, para el año 2005 habría cotizado más de 750 semanas.

Asimismo, indicó que se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por Horizontes Pensiones y Cesantías S.A., hoy Porvenir S.A el **1° de febrero de 1997**; que posteriormente, el **22 de noviembre de 1998**, firmó otro formulario de traslado a Porvenir S.A.

Expuso, que Porvenir S.A. al momento del traslado solo le informó que el ISS estaba en liquidación, que podría pensionarse antes de la edad establecida en RPM, que el bono pensional no sufriría un «castigo» y que obtendría una mejor mesada pensional en el RAIS, omitiendo informar los riesgos y consecuencias del traslado. De ahí que, al omitirse información determinante para su futuro pensional la decisión de traslado no estuvo mediada por un consentimiento debidamente informado y, por ende, el acto jurídico no se realizó de manera libre y voluntaria.

Señaló, que contrató a la Compañía T.G. Consultores Pensiones la cual hizo un análisis comparativo del monto de la mesada pensional en ambos regímenes y del cual se desprende que el traslado le generó perjuicios en sus derechos pensionales, por lo que el presentó solicitud de nulidad de traslado ante Colpensiones y Porvenir S.A., el 28 de mayo de 2019 y 4 de julio de 2019, respectivamente. Las solicitudes fueron negadas (f.º 4 a 20).

II. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la edad de la demandante, la petición incoada a su entidad y la respuesta brindada. Negó que Porvenir S.A. no haya suministrado información suficiente al momento de traslado y que se le hubiese privado del acceso al régimen de transición.

Aclaró, que el traslado de régimen se realizó con el cumplimiento del deber de información que se exigía para la época, que le brindó información clara, veraz y oportuna, que el propósito de la asesoría era explicar las características del RAIS y que el deber del buen consejo y la explicación de las ventajas y desventajas de cada régimen nacieron en el año 2010. A su vez, sostuvo que siempre tuvo los canales de comunicaciones disponibles para responder consultas de sus afiliados.

Finalmente, señaló que el traslado de régimen no se le privó del acceso al régimen de transición, pues no cumplía con los requisitos, a saber, contar con 750

semanas al 1 de abril de 1994. Frente a los demás hechos sostuvo que no eran ciertos y no le constaban.

En su defensa, propuso las excepciones de «*prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe*» (f.º 128 a 155).

COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la fecha a partir de la cual se vinculó al ISS, la fecha de traslado al RAIS, el deber de información que le asiste a los fondos, la solicitud de nulidad radicada ante su entidad y la respuesta. Aclaró que para la fecha en que se efectuó el traslado no estaba reglamentado el deber de información. Frente a los demás hechos manifestó que no le constaban.

En su defensa, propuso las excepciones de «*descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica*» (f.º 216 a 236).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 9 de marzo de 2021 (f.º 223, CD 1), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora MARÍA EDITH GÓNZALEZ FLÓREZ del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CENSANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MARÍA EDITH GÓNZALEZ FLÓREZ, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES afiliar nuevamente a la señora MARÍA EDITH GONZÁLEZ FLÓREZ al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

El *ad quo* indicó, que no era objeto de discusión que la demandante i) nació el 22 de febrero de 1959 (f.º61); ii) cotizó al ISS desde el 22 de septiembre de 1980 hasta el 30 de septiembre de 1995, un total de 525 semanas (f.º241, CD2), iii) firmó la solicitud de vinculación el 10 de diciembre de 1996, la cual tenía un texto «*voluntad de selección y afiliación*» (f.º215); iv) se trasladó a Porvenir el 22 de noviembre de 1998 para lo cual suscribió un formulario con un preimpreso «*voluntad de afiliación*» (f.º64); y v) ha estado afiliado a Porvenir S.A desde 1997, hasta el 27 de noviembre de 2019 (f.º160).

Como fundamento de su decisión, indicó que el problema jurídico consistía en determinar si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad es ineficaz ante la supuesta omisión del deber de información de Porvenir S.A, al momento del traslado, y si en caso de declararse la ineficacia, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes de la cuenta de ahorro individual.

Para el efecto, indicó que el fondo de pensiones no acreditó el cumplimiento del deber de información, a pesar de que le asistía la carga de la prueba y, si bien, aportó el formulario de afiliación, de este documento no se desprende los términos en que fue brindada la asesoría, por lo que, no se tuvo como prueba del consentimiento informado. Además, sostuvo que la omisión en brindar información clara y completa influyó en la decisión de traslado y la permanencia en el régimen, de modo que incumplió con el deber de buen consejo y asesoría y con esto, el principio de transparencia que debe «*gobernar en la movilidad de regímenes pensionales*».

Aclaró, que no se dio un traslado horizontal pues Porvenir es una sola entidad con Horizonte. Asimismo, señaló que no opera la prescripción cuando se trata de ineficacia del traslado de régimen pensional, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino por el carácter declarativo de la pretensión inicial; además con respecto a las excepciones de nulidad, reiteró que en estos casos no se analiza la validez del traslado entre regímenes desde la óptica de los vicios del consentimiento sino desde la óptica de la ineficacia.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. solicita que sea revocada en su integridad la sentencia de instancia. En sustento de la alzada, señala que, no se puede exigir a los fondos de

pensiones el cumplimiento de obligaciones que no se encontraban vigentes al momento del traslado, pues indica que tanto el Decreto 663 de 1993, como el artículo 12 de la Ley 100 de 1993, tenían otra interpretación para esa data y que la única obligación legal en ese momento era el formulario de afiliación.

Agregó, que no puede declararse la ineficacia del traslado por la inconformidad de la demandante en el monto de la mesada pensional, pues el sistema de seguridad social no tiene como finalidad preservar el equilibrio cuota prestación, sino de cubrir las contingencias a que están expuestos los afiliados. Por otra parte, manifiesta que, la actora tenía el deber de informarse del sistema general de pensiones, que incluso está en la ley y el desconocimiento de esta no sirve de excusa; además, que por ser contadora con especialización en finanzas, tenía unas condiciones particulares que le permitían conocer el sistema y la forma para acceder a las prestaciones, y así lo dejó entrever en el interrogatorio cuando manifestó que tenía conocimiento que la pensión del RAIS se causaba con la rentabilidad de los aportes.

Finalmente, solicita que en caso de declararse la ineficacia del traslado por el Tribunal, no sea condenada a devolver las sumas previsionales y los gastos de administración, primero, porque cumplió con el deber de administrar el dinero y, segundo, porque las contingencias fueron cubiertas mientras estuvo vinculada y, por último, porque en el RPM también se descuenta este concepto, si hubiera estado afiliada.

COLPENSIONES solicita se revoque el fallo, pues la declaratoria de ineficacia afecta el principio de sostenibilidad financiera. Manifiesta que en el evento que sea declarada la ineficacia, se considere, a efectos de realizar el traslado, el pago de un cálculo actuarial, para soslayar la descapitalización del sistema, lo cual fundamenta en la sentencia SU 062 de 2010.

V. CONSIDERACIONES

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

En el presente asunto no es materia de discusión: i) que la demandante cotizó al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones desde 22 septiembre de 1980, hasta el 30 de septiembre de 1995, un total de 700,01 semanas (f.º241, CD2); ii) que

solicitó la vinculación a Horizontes Pensiones y Cesantías S.A. el 10 de diciembre de 1996 (f.º35) la cual se hizo efectiva a partir de **1 de febrero de 1997** (f.º36); y iii) que nuevamente firmó solicitud de vinculación a Porvenir S.A. el **22 de noviembre de 1998**.

Conforme a los antecedentes, corresponde a esta Sala de Decisión dilucidar los siguientes problemas jurídicos: **i)** determinar si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad es ineficaz por falta de información; y **ii)** si como consecuencia de lo anterior, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados, gastos de administración, rendimientos, primas previsionales y la suma destinada al fondo de garantía de pensión mínima.

DEBER DE INFORMACIÓN

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

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

De modo que, el acto de traslado debe ir precedido de una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional cumplimiento que permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En este sentido, se ha indicado que no hay una manifestación libre y voluntaria cuando el afiliado desconoce la incidencia que tiene el traslado en sus derechos

prestacionales, de ahí que, no pueda estimarse satisfecho este requisito con la simple expresión genérica que se plasman en los formularios de afiliación.

Asimismo, no desconoce esta Sala de Decisión que el deber de información con el pasar del tiempo se ha intensificado y con ello las obligaciones a cargo de las administradoras de pensiones, de ahí que del deber de información necesaria (1993-2009) se pasó al de asesoría y buen consejo (2009-2014) y, finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (CSJ SL4062-2021).

CARGA PROBATORIA

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

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

CALIDAD DEL AFILIADO

La ineficacia del traslado procede ante la falta al deber de información por parte de los fondos de pensiones al momento de traslado, de modo que, si lo que se pretende es eximirse de la obligación de dar la información de las condiciones de los regímenes pensionales, las consecuencias y riesgos del traslado, es imperioso que se acredite que el afiliado es un experto en materia pensional y conozca cada uno de los aspectos del sistema pensional.

Por lo tanto, la simple condición de ser contador no garantiza que conozca la información necesaria para tener un consentimiento informado al momento de traslado y para que el fondo de pensiones pueda sustraerse del deber de información que debe suministrar por Ley, debe acreditar la experticia del afiliado en referencia a los

regímenes pensionales (SL1957-2022). Precisamente en la providencia CSJ SL1949-2021 reiterada en la CSJ SL2474-2022, la Sala indicó:

Además, Porvenir S.A. no podía excusar el incumplimiento de tal deber por el simple hecho de que la actora sea abogada –hecho indiscutido en casación–, pues independientemente del grado de escolaridad, experiencia, edad o condición personal del afiliado, es obligación de las administradoras de pensiones brindar a los afiliados la información en los términos expuestos (CSJ SL1949-2021).

Acorde con lo expuesto, el título de contador con especialización en finanzas no exime al fondo de pensiones del deber de brindar información completa, clara y transparente, pues, el acto en sí mismo es ineficaz en el momento en que se hizo efectivo el traslado sin la debida información; además, su condición no implica que conozca a plenitud las condiciones de los regímenes pensionales, de hecho, en el interrogatorio de parte, señaló que desconocía las consecuencias y riesgos del traslado, de ahí que, le asistía la obligación al fondo de cumplir con el deber de información.

CASO CONCRETO

Sea lo primero precisar, que tal como se desprende de los medios de convicción del proceso, la solicitud de vinculación ante el fondo de pensiones Porvenir S.A. se realizó el día **1 de febrero de 1997** (f.º36), cuando el deber de información se encontraba en la primera etapa, según la cual, debe entregar información suficiente y transparente que le permita al afiliado elegir «libre y voluntariamente» la opción que mejor se ajuste a sus intereses.

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

Ahora bien, a pesar de que se firmó los formularios de afiliación bajo un texto pre-impreso denominado «voluntad de afiliación» y «voluntad de selección y afiliación», no por este hecho se puede concluir que el acto de traslado estuvo mediando por la voluntad de la demandante, pues, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que este tipo de aseveraciones, no son suficientes

para dar por demostrado el deber de información, dado que a lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado (CSJ SL1949-2022 que reitera CSJ SL19447-2017).

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

Igualmente, debe hacerse claridad que a pesar de que el recurrente señala que no se puede declarar la ineficacia, primero, porque la afiliada solicita el retorno al RPM por la diferencia de la mesada pensional, se itera, que el aspecto que se analiza es el cumplimiento del deber de información al momento de traslado, siendo indiferente el motivo que impulsa a la demandante ejercer la presente acción, pues resulta inane si la mesada pensional presenta una presunta diferencia en su cuantía o porque el punto de análisis es el cumplimiento del deber de información al momento de traslado que permita garantizar un consentimiento debidamente informado.

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

La declaración de ineficacia trae como consecuencia suponer que el acto jurídico de traslado nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, es decir, con efectos *ex tunc* (desde siempre), de ahí que, no se pueda acceder a lo solicitado por el recurrente con respecto al cálculo actuarial, pues jurisprudencialmente se han

establecido las consecuencias de la ineficacia del traslado, de modo que esta Sala de Decisión no se puede desligar el efecto que conlleva la figura jurídica de la ineficacia.

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

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

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

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

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

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

Cabe agregar que, vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones, las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios*

recursos» (CSJ SL1055-2022), entre muchas otras; como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que, a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado, sin que sea de recibo la sentencia referida por el a quo para negar el reconocimiento de los mismos, pues como bien lo mencionó se trató del estudio de una ineficacia de traslado respecto de un afiliado pensionado, lo cual no corresponde al presente asunto.

Por lo anterior, se hace necesario modificar el numeral SEGUNDO de la decisión de instancia, para adicionar la devolución del porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, las comisiones y los gastos de administración los cuales deben ir debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, toda vez que el a quo omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, pues como lo dispone la sentencia estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos se financiará las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, la devolución de **manera íntegra** a Colpensiones de todos los dineros aportados por la afiliada al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual.

PRESCRIPCIÓN

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

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

COSTAS

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

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

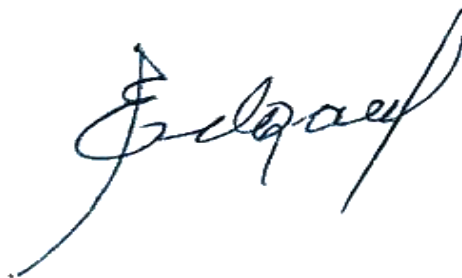
RESUELVE

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



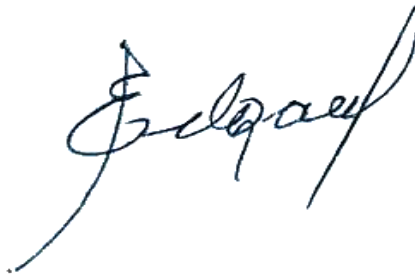
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

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



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GLORIA CECILIA HIDALGO FRANCO
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS –
PROTECCIÓN Y ADMINISTRADRA DE PENSIONES Y CESANTÍAS –
PORVENIR.**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

La demandante pretende se declare la «*nulidad*» del traslado que realizó el 1º de julio de 1994 a Porvenir S.A. y el posterior traslado a Protección S.A. En consecuencia, solicitó se condene a Protección S.A. a retornar a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual y tramitar el regreso automático a esta entidad; por último, requirió lo que se pruebe *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 19 de septiembre de 1965; que cotizó al ISS, hoy Colpensiones desde el 3 de septiembre de 1987 hasta el 30 de junio de 1994, un total de 356.14 semanas; que el **1º de julio de 1994** se trasladó a Porvenir S.A.; que el funcionario de ese fondo de pensiones diligenció el formato de traslado y solo informó sobre las ventajas de este acto jurídico, a través de una «*charla general*» en la cual expuso que los trabajadores con salarios altos tendrían una pensión más alta en ese régimen, que podía pensionarse anticipadamente; que

recibiría un bono pensional por el tiempo cotizado en el ISS calculado con el salario de referencia del 30 de junio de 1992; que el ISS iba a entrar en liquidación.

Agregó, que no recibió asesoría completa y veraz al momento del traslado, pues el fondo omitió brindar información referente a las consecuencias y riesgos de este acto jurídico, como la pérdida del régimen de transición, el descuento de los aportes por concepto de administración y asesoría para la contratación de renta vitalicia; que para pensionarse anticipadamente debía realizar aportes voluntarios, la posibilidad de perder el derecho a las mesadas adicionales de junio y diciembre si el capital ahorrado no alcanzaba para financiarlas; que no le indicó que el bono pensional solo podía hacerse exigible y redimible cuando cumpliera 60 años de edad.

Asimismo, refirió que el fondo no realizó al momento del traslado ni en el tiempo de vinculación, simulación de la mesada pensional o proyección del valor del bono pensional que le hubiera permitido tomar una mejor decisión; que tampoco entregó la copia del reglamento del fondo de pensiones ni el plan de pensiones, incumpliendo con las obligaciones especiales a su cargo contenidas en el artículo 15 del Decreto 656 de 1994.

Sostuvo, que se trasladó a la AFP Colmena, hoy Protección S.A, el **15 de febrero de 1996**, sin recibir la debida asesoría al momento del traslado. Que elevó derecho de petición a Porvenir S.A y Protección S.A. el 2 de enero de 2019, los cuales fueron respondidos; que si bien Protección S.A. remitió el cálculo pensional sobre valor de la mesada cuando tuviera 57 y 60 años, que correspondía a \$3.312.160 y \$4.342.937, respectivamente, no realizó un análisis comparativo entre el régimen de prima media con prestación definida, en el cual el monto de la mesada pensional era de \$7.587.134 que le resulta más favorable (f.º 2 a 20); que el 24 de enero de 2019 solicitó la nulidad la afiliación ante Colpensiones, la cual negó.

II. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, el día en que se efectuó el traslado a Porvenir S.A y a Protección S.A., la petición incoada a su entidad y la respuesta brindada. Negó que la última fecha de cotización a esta entidad fuera 30 de junio de 1994, asimismo, todo lo relacionado con la falta de información sobre las ventajas, desventajas, condiciones y características de ambos regímenes pensionales.

Aclaró, que en la base de datos reporta como fecha de última cotización a este régimen el 31 de diciembre de 1994; que las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, los requisitos y modalidades se encuentra estipulado en la ley y, por eso impone el conocimiento de todos los ciudadanos, de modo que, no puede alegar su ignorancia. Frente a los demás hechos manifestó que no le constaban.

En su defensa, propuso las excepciones de *«inexistencia de la obligación, imposibilidad del traslado, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera, error de derecho no vicia el consentimiento, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe de Colpensiones, prescripción, prescripción de la acción, enriquecimiento sin justa causa y la innominada o genérica»* (f.º 57 a 68).

PROTECCIÓN S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la fecha de traslado a su entidad, la petición presentada, la falta de soportes físicos de la asesoría dada al momento de traslado, la entrega de la historia laboral, el cálculo actuarial de la pensión en ese régimen, así como la omisión en la proyección de la mesada pensional en el RPM.

Negó, que el formulario de afiliación no fuera válido y no haber brindado información acerca de los regímenes pensionales. Aclaró que el formulario de afiliación es válido pues es una manifestación libre y espontánea, exento de vicios del consentimiento. Agregó que, a pesar de no existir soporte físico de la asesoría, al momento del traslado se expuso las características de los regímenes pensionales, especificando las propias del RAIS, a su vez, que para este momento no se exigía un documento distinto al formulario de afiliación y la exigencia de poner a disposición de los afiliados herramientas financieras que le permitieran conocer las consecuencias del traslado fue a partir del año 2014. Con respecto a la proyección de la mesada pensional que realiza del RPM no reúne los requisitos del artículo 226 del CGP. Frente a los demás hechos manifestó que no eran ciertos o no le constaban.

En su defensa, propuso las excepciones de *«inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y reconocimiento de restitución mutua a favor*

de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa» (f.º 123 a 133).

PORVENIR S.A se opuso a todas las pretensiones incoadas en su contra. En cuanto a los hechos en que se fundamenta, aceptó la fecha de nacimiento del demandante, la fecha en que se realizó el traslado a su entidad y a Protección S.A. y la petición presentada. Negó la obligación de realizar análisis comparativos y doble asesoría al momento del traslado.

Aclaró, que el traslado de régimen se realizó de forma libre y espontánea pues en la asesoría verbal se le explicó de manera suficiente y necesaria las condiciones, beneficios y características del RAIS, que la demandante manifestó su voluntad de afiliación al consignar la firma en el escrito pre-impreso del formulario, que tenía a su disposición la Ley 100 de 1993 para informarse de las condiciones de cada uno de los regímenes pensionales, que a la fecha del traslado, no había regulación que indicara la naturaleza de la información que se debía suministrar, además, que el cálculo que la parte demandante realizó de la mesada pensional en el RPM no está conforme a lo previsto en el artículo 226 del CGP; que la afiliación se encuentra anulada por multifiliación, por lo que la vinculación a ese fondo quedó anulada. Con respecto a los demás hechos manifestó que no eran ciertos o no le constaban.

En su defensa, propuso las excepciones de *«prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe»* (f.º 122 a 133).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 9 de junio de 2021 (f.º 223, CD 1), resolvió:

PRIMERO. DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y con esto a la afiliación realizada a **GLORIA CECILIA HIDALGO FRANCO** el **24 DE JUNIO DE 1994** con efectos a partir del **1 DE JULIO DE 1994** por parte de **PORVENIR S.A.**

SEGUNDO. DECLARAR que GLORIA CECILIA HIDALGO FRANCO actualmente se encuentra afiliado (a) de manera efectiva al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**.

TERCERO. ORDENAR a PROTECCIÓN, realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de **GLORIA CECILIA HIDALGO FRANCO** a **COLPENSIONES**, junto con sus respectivos intereses, rendimientos, cuotas de administración y bonos pensiones.

CUARTO. ORDERNAR a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación de **GLORIA CECILIA HIDALGO FRANCO**, al **RPMPD** e integrar en su totalidad la historia laboral de la demandante.
QUINTO. CONDENAR a PROTECCIÓN y PORVENIR a trasladar los dineros recibidos por cuotas de administración al **RPMD** administrado por **COLPENSIONES**, de manera proporcional al tiempo en que la DTE estuvo afiliada en cada una de ellas.

Como fundamento de su decisión, indicó que el problema jurídico consistía en determinar si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad es ineficaz ante la supuesta omisión del deber de información de Porvenir S.A, al momento del traslado.

Para el efecto, señaló que en la primera etapa del deber de información, los fondos de pensiones tenían la obligación de dar a conocer al potencial afiliado, las características del sistema en ambos regímenes y las consecuencias de este acto jurídico, pues es una obligación que nace desde su creación, para lo cual hace referencia a los artículos 13,114,271,272 de la Ley 100 de 1993, artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y la sentencia SL 1452 de 2019.

Sostuvo, que el deber de información es un instrumento de tutela que busca alcanzar el nivel de «*omnicomprensión*» sobre los actos jurídicos y, por esto, descarta todos los argumentos tendientes a endilgarle responsabilidad exclusiva al afiliado, pues si bien, indicó que los afiliados tienen el deber de conocer el alcance de sus decisiones, esto no obsta, para que las entidades demandadas cumplan con su deber de información.

Afirmó, que el formulario de afiliación es uno de los actos formales para realizar el traslado, pero no suficiente para acreditar la validez de la afiliación, y concluye que los formatos que se allegaron al proceso no contienen información con respecto a las características y consecuencias del traslado. En cuanto a la carga de la prueba, manifestó que, de acuerdo con la jurisprudencia, le corresponde a los fondos de pensiones probar el cumplimiento del deber de información; sin embargo, estos no logran probar el cumplimiento de esta obligación.

De igual forma, dijo que tampoco existe actos de relacionamiento y, refirió que en la presente situación la nulidad propiamente dicha, no se acreditó, pero si se genera la ineficacia del traslado por la omisión en el deber de información y, a pesar, de que la demandante no cuenta con un régimen de transición, este no es un requisito para que opere la ineficacia, dado que son dos actos jurídicos totalmente diferentes.

Con respecto a la anulación de la vinculación con Porvenir S.A. por multivinculación, señaló que el afiliado no puede soportar las consecuencias de esta situación jurídica, por ser temas administrativos, de modo que, este hecho no puede sanear las consecuencias de la omisión del deber de información. Además, mencionó que, de la historia laboral allegada por Protección S.A., se advierte que para el periodo comprendido entre 1994 y 1996 se realizaron cotizaciones a Porvenir S.A., por lo que más allá de las decisiones de los comités de multivinculación y del certificado de Asofondos, lo cierto es que, el consentimiento debía darse en cualquiera de los momentos en que realizó el traslado.

Puntualizó, que en la sentencia SL2877-2020, se dijo que la declaratoria de la ineficacia del traslado deben asumirla todos los fondos a los que estuvo vinculado, con independencia si tuvieron o no injerencia o si participaron en el cambio de régimen pensional y, aun en el evento de que sean consideradas terceras, con fundamento en el artículo 1748 del Código Civil, deben reintegrar todos los valores que recibieron a título de administración y comisiones. Finalmente, entorno a la prescripción, manifestó que no puede declararse pues es un derecho que este atado a la irrenunciabilidad.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. solicita que sea revocada la sentencia de instancia. En sustento, señaló que, la demandante no tuvo vinculación con esta entidad conforme quedó acreditado en el proceso a través de la certificación de afiliación, el historial de vinculación con Porvenir, y el certificado SIAFP, pues su vinculación fue anulada, por lo que no le asiste el deber de demostrar el consentimiento informado y consecuentemente, no está llamada a responder por ningún rubro.

Indicó, que si bien dentro de la historia laboral que allega Protección S.A. se reportan 6 semanas de cotización, estas fueron trasladadas a Protección debido a la anulación. Manifestó que, en caso de que se declare la existencia de una vinculación, cumplió con los requisitos que se exigían a la fecha del traslado, la firma del formulario y la proporción de una información clara, veraz y oportuna sobre las características de los regímenes; de ahí que, no puede exigirle obligaciones que nacieron con posterioridad; además, la demandante al momento del traslado se encontraba a 20 años de acreditar los requisitos para consolidar el derecho y, en caso de haber efectuado la proyección, si podría haber incurrido en error de hecho, pues dichas proyecciones no estarían adecuadas a la realidad actual, por las múltiples variables que afectan estos cálculos.

Con respecto a la devolución de los gastos de administración, señaló que no cuenta con estos rubros, pues la afiliación nunca se hizo efectiva y, en caso de que el Tribunal considere que sí, indicó que, si el entendimiento es que el negocio jurídico nunca existió, los rendimientos tampoco se generaron.

PROTECCIÓN S.A. interpuso recurso de apelación de manera parcial frente a la condena impuesta. En sustento señaló que la comisión de administración y la prima de seguros previsionales son descuentos autorizados por la Ley. Indicó, que al generarse ganancias por la debida administración del fondo de pensiones, tiene derecho a conservarla como restitución mutua a su favor, tal como lo estipula el artículo 1746 del C.C.; además, si lo que pretende es aplicar las consecuencias de la nulidad del derecho privado, que implica la restitución completa de las prestaciones como si el acto nunca hubiere existido, se llegaría a la conclusión que si la comisión nunca debió haberse descontado; tampoco debieron generarse rendimientos en la cuenta de ahorro individual, asimismo, señaló que no se podría devolver las comisiones por administración a Colpensiones pues al no estar destinadas a financiar la prestación de vejez, sería un enriquecimiento sin justa causa.

Respecto a la prima de seguros previsionales, indicó que estos conceptos no pertenecen al fondo de administración por cuanto, fueron pagados a una aseguradora para que cubriera las contingencias del afiliado. En respaldo de lo solicitado trajo a colación un concepto emitido por la Superintendencia.

Finalmente, resaltó que frente al cobro del 3% destinado para la comisión de administración y financiar las primas de seguro previsional opera la prescripción, porque son conceptos que se van descontando en la periodicidad que impone la ley y que no financian directamente la prestación económica por vejez.

COLPENSIONES solicita se revoque de manera parcial el fallo, pues la declaratoria de ineficacia puede ocasionar un detrimento patrimonial. Asimismo, indicó que no era procedente invertir la carga de la prueba, ya que la jurisprudencia solo ha aplicado esta figura jurídica en casos en los cuales los afiliados tenían un derecho consolidado, unas expectativas legítimas o eran beneficiarios del régimen de transición.

V. CONSIDERACIONES

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

En el presente asunto no es materia de discusión: i) que la demandante realizó aportes al Instituto de Seguros Sociales desde el 3 de marzo de 1987, hasta 31 de diciembre de 1994, un total de 382,43 semanas (f.º 69 a 72); ii) que solicitó la vinculación a Porvenir S.A. el 24 de junio de 1994 (f.º 194), y se efectuaron descuentos a partir del **1º de julio de 1994** (f.º 202 a 203); iii) que fue anulada la vinculación de la demandante a Porvenir S.A., por múltiples vinculaciones (f.º 195); y iv) que la demandante se trasladó a Protección S.A. el cual se hizo efectiva el **1 de marzo de 1996** (f.º 139).

Conforme a los antecedentes, corresponde a esta Sala de Decisión dilucidar los siguientes problemas jurídicos: i) determinar si en el caso se presenta una multivinculación; ii) si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad es ineficaz por falta de información; y iii) si como consecuencia de lo anterior, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados, gastos de administración, rendimientos, primas previsionales y la suma destinada al fondo de garantía de pensión mínima.

MULTIVINCULACIÓN

De acuerdo con el artículo 17 del Decreto 692 de 1994, la multivinculación se presenta cuando una persona cambia de régimen o de administradora antes de los términos legales previstos, de ahí que, en caso de incumplirse con esta regla, la misma norma señala que «será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales».

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia frente a este tema en la sentencia CSJ SL4777-2017, indicó:

[...] desde tiempo atrás esta Sala ha sostenido que el efecto de la afiliación múltiple al sistema pensional, de conformidad con lo establecido en el art. 17 del D. 692/94, es la validez de la última efectuada en los términos legales, de manera tal que una vez definido este aspecto, lo que procede es la transferencia de los saldos a la administradora de pensiones cuya afiliación resulte válida, por cuanto a ésta corresponde asumir el reconocimiento y pago de las prestaciones de invalidez, vejez y muerte.

Teniendo en cuenta que la demandante diligenció el formulario de solicitud de vinculación el **24 de junio de 1994**, se tiene que la norma aplicable para resolver el caso

de multivinculación es el Decreto 692 de 1994. Ahora bien, en apoyo a la Circular 058 de 1998, que desarrolló esta disposición en comento, las personas que se encontraban afiliadas al Instituto de Seguros Sociales al 31 de marzo de 1994, podían trasladarse de régimen en el momento que quisieran, pues la regla que impedía trasladarse dentro de los 3 años sólo aplicaba para aquellas personas que no se encontraban vinculadas al ISS antes del 31 de marzo de 1994.

En este orden de ideas, de acuerdo con el reporte de semanas cotizadas que allegó Colpensiones (f.º69 a 72), y los hechos de la demanda que no fueron objetados, la señora GLORIA CECILIA HIDALGO FRANCO se encontraba vinculada al Instituto de Seguros Sociales desde el 3 de septiembre de 1988, por lo que, la demandante, en ejercicio de su derecho de elección podía escoger el régimen pensional que se ajustara a sus necesidades, sin ninguna restricción legal.

De ahí que, si bien Porvenir S.A señaló que la vinculación con la demandante fue anulada desde el 1 de julio de 1994, conforme al certificado emitido por ella misma visible a folio 195, sin adjuntar soporte alguno del proceso surtido para declararse la nulidad por este hecho, se tiene que, no se presentó una multivinculación; por lo tanto, no es viable indicar que la anulación se da por este hecho. De modo que, se procederá analizar los requisitos que debe acreditar para que el traslado de régimen pensional sea válido.

DEBER DE INFORMACIÓN

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

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

De modo que, el acto de traslado debe ir precedido de una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional cumplimiento que permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En este sentido, se ha indicado que no hay una manifestación libre y voluntaria cuando el afiliado desconoce la incidencia que tiene el traslado en sus derechos prestacionales, de ahí que, no pueda estimarse satisfecho este requisito con la simple expresión genérica que se plasman en los formularios de afiliación.

Asimismo, no desconoce esta Sala de Decisión que el deber de información con el pasar del tiempo se ha intensificado y con ello las obligaciones a cargo de las administradoras de pensiones, de ahí que del deber de información necesaria (1993-2009) se pasó al de asesoría y buen consejo (2009-2014) y, finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (CSJ SL4062-2021).

CARGA PROBATORIA

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

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

TRASLADO SIN CONDICIONES ESPECIALES

Es imperioso reiterar que, el deber de información a cargo del fondo de pensiones, para la época del traslado, se circunscribe a suministrar información

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

CASO CONCRETO

Sea lo primero precisar, que tal como se desprende de los medios de convicción del proceso, la solicitud de vinculación ante el fondo de pensiones Porvenir S.A. se realizó el día **24 de junio de 1994** (f.º194), cuando el deber de información se encontraba en la primera etapa, según la cual, debe entregar información suficiente y transparente que le permita al afiliado elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajuste a sus intereses.

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

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

Ahora bien, con respecto a los actos de relacionamiento, la Sala de Casación Laboral desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, como consecuencia de la falta de información, el acto jurídico no se torna en eficaz por: i) los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas, ii) porque no se haya

expresado inconformidad alguna con el sistema o iii) porque ha permanecido en el mismo (CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022).

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

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

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

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

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

ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

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

De otra parte, debe hacerse claridad que a pesar de que uno de los recurrentes señaló que no se puede declarar la ineficacia, porque la demandante no era beneficiaria del régimen de transición ni tiene un derecho adquirido o próximo a causarse, se itera, que el aspecto que se analiza es el cumplimiento del deber de información al momento de traslado, siendo indiferente la calidad que ostente el demandante, pues resulta inane si no es beneficiaria del régimen de transición porque el punto de análisis es el cumplimiento del deber de información al momento de traslado que permita garantizar un consentimiento debidamente informado.

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

La declaración de ineficacia trae como consecuencia suponer que el acto jurídico de traslado nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, es decir, con efectos *ex tunc* (desde siempre).

Bajo este horizonte, resulta totalmente válido que se disponga que los fondos de pensiones privados trasladen a Colpensiones, no sólo el dinero existente en la cuenta de ahorro individual que incluye los rendimientos, sino lo correspondiente a los bonos pensionales, las primas de seguros previsionales, lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las comisiones y los gastos de administración, conceptos que debe ir debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, así lo ha

respaldado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1467-2021 adoctrinó:

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

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

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

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

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

Cabe agregar que, por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones, las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022) entre muchas otras; como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado, sin que sea de recibo la sentencia referida por el a quo para negar el reconocimiento de los mismos, pues como bien lo mencionó se trató del estudio de una ineficacia de traslado respecto de un afiliado pensionado, lo cual no corresponde al presente asunto.

Por lo anterior, se hace necesario modificar el numeral TERCERO de la decisión de instancia, para adicionar la devolución del porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los cuales deben ir debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, pues como lo dispone la sentencia estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos se financiará las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, la devolución de **manera íntegra** a Colpensiones de todos los dineros aportados por la afiliada al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual.

PRESCRIPCIÓN

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

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

VI. COSTAS

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

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

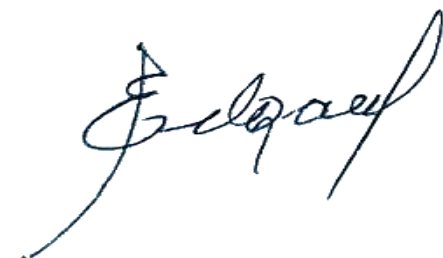
VII. RESUELVE

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

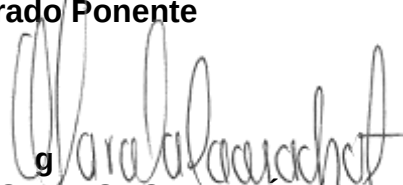
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Édgar', with a stylized flourish extending from the end.

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: EDUARDO RODRÍGUEZ CASTILLO
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y OTRO**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

Pretende el señor **EDUARDO RODRÍGUEZ CASTILLO**, se declare la nulidad o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuada el 30 de junio de 2000 con la AFP Porvenir S.A.; en consecuencia, sea condena a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, los aportes, rendimientos, bonos pensionales, comisiones y demás valores existentes en su cuenta de ahorro individual; se ordene a Colpensiones a registrarlo y activar la afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, a reconocer y pagar la pensión de vejez que legalmente le corresponde bajo los parámetros del régimen general de pensiones Ley 797 de 2003, por acreditar la edad y semanas cotizadas por dicha legislación, como también se condene al pago de los intereses moratorios por la demora de la entidad en el reconocimiento de la pensión de vejez y se condene en costas a los demandadas. (Exp.Digital documento 04 pág. 91 a 94).

Como hechos fundamento de las pretensiones (Exp.Digital documento 04 pág. 93 a 98), señaló en síntesis que, nació el 1° de octubre de 1956; que se afilió el 21 de mayo de 1977, al ISS y que cuenta con 62 años edad; que tiene acreditadas 1.711 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones; que para el 30 de junio

del 2000, se vinculó a la AFP Porvenir S.A. teniendo para ese momento 818 semanas en el régimen de prima media; que no recibió asesoría respecto de las implicaciones de trasladarse de régimen, omitiendo la AFP Porvenir S.A. el deber de información y buen consejo, al no brindar una orientación clara, precisa y veraz sobre los beneficios e inconvenientes que le acarrearía el cambio de régimen pensional, incumpliendo con lo expuesto en la Circular Externa 001 de 2004 de la Superintendencia Bancaria.

Señaló, que la AFP Porvenir S.A. no le sugirió antes de cumplir los 52 años, que debía retornar al régimen de prima media por ser patrimonialmente más favorable para él al momento de pensionarse; que estando cerca de acceder a su pensión, contrató un estudio pensional donde se percató del engaño del cual había sido víctima por parte de la AFP. En razón a ello el 22 y 25 de enero de 2018, respectivamente, solicitó a la AFP Porvenir S.A. y a Colpensiones la nulidad del traslado de régimen, entidades que en respuesta a su solicitud niegan el traslado. Así mismo, indicó que la AFP Porvenir S.A. le entregó las proyecciones pensionales para ambos regímenes pensionales, en donde le indican que la pensión de vejez en dicha AFP sería de \$1.632.200, mientras que en el régimen de prima media con prestación definida sería de \$6.204.900 lo que arroja una diferencia de \$ 4.572.700, en la mesada pensional de un régimen a otro.

Culminó, manifestando que la normatividad aplicable para efectos de ser titular de una pensión de vejez en Colpensiones es la ley 797 de 2003, que cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez y que en virtud de ello el 12 de octubre de 2018, solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo la ley citada, sin que a la fecha haya recibido respuesta por parte de esa entidad.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones contestó (Exp.Digital documento 004 pág. 129 a 137), oponiéndose a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los supuestos fácticos en los que estas se fundamentan, aceptó la fecha de nacimiento del demandante, la de afiliación al sistema y densidad de semanas cotizadas al régimen de prima media por el período comprendido entre mayo de 1977, y enero de 2000, como también que se presentó reclamación administrativa con relación a las pretensiones, la solicitud de reconocimiento y pago de pensión de vejez; en cuanto a los demás hechos, señaló no ser ciertos el 39 y 45, y no constarle los demás. Propuso como excepciones de fondo prescripción, caducidad, declaratoria de otras excepciones, no configuración al pago de intereses moratorios e inexistencia de la obligación y el derecho por falta de causa y título para pedir.

La **AFP Porvenir S.A.** contestó (Exp.Digital documento 04 pág. 182 a 204), oponiéndose a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento, que suscribió formulario de afiliación el 30 de junio de 2000, que radicó varias solicitudes entre ellas la de nulidad de traslado y que le dieron respuestas a las mismas, indica no ser ciertos los numerales 3, 7 al 22, 30, 34, 36 al 38, 41 al 43, 46, 47; respecto de los demás hechos, dijo no constarle. Propuso como excepciones de fondo prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 25 de febrero de 2021 (Exp.Digital documento 013 pág.3 a 4), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro la afiliación individual con solidaridad del demandante señor **EDUARDO RODRÍGUEZ CASTILLO** a la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, realizada mediante la afiliación suscrita el 30 de junio de 2000 a la AFP PORVENIR S.A. y en consecuencia se ordena regreso automático sin solución de continuidad al régimen de prima media hoy administrado por **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a **COLPENSIONES** recibir y restablecer afiliación del demandante señor **EDUARDO RODRÍGUEZ CASTILLO** al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, sin solución de continuidad conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a hacer entrega a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor **EDUARDO RODRÍGUEZ CASTILLO**, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y debe incluir la devolución de gastos y cuotas de administración debidamente indexados, dicha devolución deberá realizarse en el término de los 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia con los documentos correspondientes para establecer por parte de **COLPENSIONES** que las cotizaciones, rendimientos y devolución de cuotas y gastos de administración corresponda a lo ordenado en la sentencia.

CUARTO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante señor **EDUARDO RODRÍGUEZ CASTILLO**, provenientes de la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, revisar que la devolución se haya realizado en los términos ordenados en esta sentencia, y de forma inmediata imputar y actualizar las semanas cotizadas en el RAIS en la historia laboral del demandante para efectos de pensión.

QUINTO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a reconocer y pagar al demandante **EDUARDO RODRÍGUEZ CASTILLO** la pensión de vejez establecida en la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° y 10° de la Ley 797 de 2003, a partir del momento que se haga efectiva su desvinculación del sistema general de pensiones, deberá para calcular el IBL establecer los promedios de salarios y rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado en los últimos diez (10) años de aportes a pensión y el IBL de toda la vida laboral, dar aplicación al favorable al demandante, se debe de tener en cuenta para su liquidación el art 34 ley 100 de 19393 modificado por la Ley 797 de 2003, la cual deberá ser incrementada anualmente con los reajustes establecidos por el gobierno nacional, en 13 mesadas pensionales y de las cuales se autoriza el descuento en salud y se ordena el pago del retroactivo pensional generado hasta la fecha de inclusión en nómina de pensionados.

SEXTO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación al pago de los intereses moratorios art 141 ley 100/93 propuesto por Colpensiones y se Absuelve de esta pretensión, Declarar probadas las demás excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto.

SEPTIMO: CONDENAR en costas de esta instancia a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y a favor del demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo por concepto de Agencias en Derecho la suma de \$ 800.000

OCTAVO: De no ser apelada esta providencia, remítase al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

Como fundamentó su decisión, hizo relación al deber de asesoría y buen consejo, establecido en la jurisprudencia, indicando que si bien Ley 100 de 1993, establece la libre escogencia de régimen, este presupone el conocimiento de las consecuencia de la decisión, por lo que la firma del formulario y documentos pre impresos no son insuficiente para dar por demostrado el deber de información; señaló que la jurisprudencia tampoco exigía un derecho consolidado o que estuviera próximo a pensionarse; por lo tanto, a las AFP les incumbía proporcionarse al afiliado una información clara, compresible y oportuna de las características, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen, teniendo la carga de la prueba para demostrar que efectivamente ello se dio.

Sostuvo, que de conformidad con las pruebas allegas al proceso se tenía que el demandante se afilió a Porvenir el 30 de junio del 2000; que al momento del traslado no era beneficiario del régimen de transición; que había cotizado para Colpensiones 815,14 semanas. Arguyendo la sentenciadora que de las pruebas no se lograba demostrar por parte de Porvenir que efectivamente le había brindado al demandante una información completa, cierta, veraz y oportuna al momento del traslado; por lo cual había lugar a declarar la ineficacia solicitada.

En cuanto a la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez; hizo el estudio de la misma bajo lo dispuesto en la Ley 797 de 2003, frente a lo cual indicó que el actor

nació el 1° de octubre de 1956, cumpliendo los 62 años de edad el 1° de octubre de 2018; en cuanto a las semanas requeridas se encontraba acreditado que ante Colpensiones había cotizado 815,14, y en Porvenir 935,71 semanas para un total de 1.750,85 semanas, cumpliéndose ampliamente con la densidad de cotizaciones para adquirir el derecho de la pensión de vejez.

En cuanto a la fecha de reconocimiento de la prestación, adujo que no obraba constancia del retiro del sistema; que para efectos de establecer el IBL debía aplicarse el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta que dicha norma también establece que cuando el afiliado ha cotizado más de 1,250 semanas deberá realizarse el cálculo del IBL estableciéndose el promedio del salario y rentas que ha cotizado el actor durante los 10 años anteriores o sobre todos los ingresos de la vida laboral según lo más favorable; que para establecer el valor de la mesada pensional inicial debía tenerse en cuenta el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, que establece la fórmula para la determinación de la misma.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación, en el que argumentó que para año 2000, momento en que surgió el traslado, el ordenamiento jurídico no determinaba la forma como se debía dar esa información como tampoco una obligación de documentar la asesoría más allá de un formulario de afiliación; que fue con posterioridad que se hizo más fuerte ese deber de información donde se crearon nuevas obligaciones, por lo que no tiene sentido que se exijan esas pruebas o documentos donde conste la asesoría del año 2000, no siendo entonces lógico que se parta de exigencias que se hicieron con posterioridad a la afiliación.

Así mismo, señaló que debió tenerse en cuenta que la inconformidad con el RAIS se vino a consolidar cuando ya no se encuentra en la posición para trasladarse, siendo claro que el actor de manera libre y voluntaria decidió trasladarse de régimen y continuar bajo el mismo durante todos estos años sometándose a las características del mismo, por lo que no podía señalarse que por una diferencia en las mesadas pensionales la entidad incumplió con su deber de información.

Sostuvo, que teniendo en cuenta lo anterior y por haber existido un acto jurídico que verso por la voluntad del demandante, solicita que se respete esa voluntad y se le dé el valor al formulario; que en caso de que se confirme el fallo, pretende que sea absuelta a la devolución de los gastos de administración, pues tienen una destinación

específica por mandato de ley y esas sumas ya fueron invertidas de la forma exigida por la ley.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir S.A. y en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión que: *i)* el señor EDUARDO RODRÍGUEZ CASTILLO se afilió al ISS en donde realizó cotizaciones desde el 21 de mayo de 1977, al 30 de junio del año 2000, para un total de 815,14 semanas (Exp. Digital archivo 04- pág. 31-32); *ii)* que el **30 de junio de 2000**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir S.A. (Exp. Digital archivo 04. Pág. 28), en donde se encuentra afiliado actualmente.

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Porvenir suscrito el **30 de junio de 2000**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que la AFP Porvenir cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

Por lo tanto, se hace necesario adicionar y modificar la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar a la AFP Porvenir el traslado a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de ella, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y

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

PRESCRIPCIÓN

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

PENSIÓN DE VEJEZ

Establece el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 9° de la ley 797 de 2003, que para tener derecho a la pensión de vejez a partir del 1° de enero de 2014, se requiere en el caso de los hombres contar con 62 años de edad y 1,300 semanas de cotización; de la cédula de ciudadanía del actor se desprende que nació el 1° de octubre de 1956 (Exp. Digital- pág. 24), por lo que los 62 años los cumplió el mismo día y mes del año 2018, cumpliendo así con el primero de los requisitos señalados en la norma.

En cuanto al segundo requisito, esto es, las semanas de cotización, se tiene que de la historia laboral de Colpensiones el demandante acredita un total de **815,14 semanas** de cotización y en la AFP porvenir acredita **935,71** de cotizaciones, las que sumadas arrojan un total de **1,750.85 semanas**, de donde se desprende que acredita el requisito de densidad de aportes requeridos para acceder a la prestación deprecada.

Disfrute y monto de la pensión

Al respecto, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, dispone que es necesaria la desafiliación del sistema para entrar

a disfrutar de la pensión y solo en casos excepcionales la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha estimado, reconocerla con anterioridad cuando el demandante despliega alguna conducta tendiente a no continuar vinculado al sistema, como lo sería el cese de las cotizaciones (CSJ SL 3565 -2015 y CSJ SL4611-2015), o cuando pese a no haber desafiliación del sistema, el juzgador advierte su voluntad de no seguir vinculado al régimen de pensiones, por ejemplo, porque dejó de cotizar y solicitó la pensión de vejez (CSJ SL5603-2016); o en casos en que la entidad de seguridad social fue renuente al reconocimiento de la prestación a pesar de ser solicitada en tiempo y con el lleno de los requisitos (CSJ SL 34514, 1.º sep. 2009; CSJ SL 39391, 22 feb. 2011; CSJ SL15559-2017).

En el presente caso, no se observa ninguna de las anteriores situaciones, por lo que le asiste razón a la juez en cuanto a la que pensión deberá ser reconocida una vez se demuestre la desafiliación del sistema pensional.

En cuanto al cálculo de la **mesada pensional** se debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es con lo cotizado durante toda la vida laboral o los últimos 10 años dependiendo de cuál le sea más favorable, al haber acreditado más de 1,250 semanas de cotización. Así mismo, deberá tenerse en cuenta en el canon 34 *ibidem*.

COSTAS

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal tercero de la sentencia proferida por el Juzgado 10º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a la

demandada AFP Porvenir a trasladar a Colpensiones y ésta a su vez a recibir por parte de ella, las cotizaciones recibidas en su integridad y todos los valores que hubieren recibido, con motivo de la afiliación el demandante y durante su permanencia en ella; esto es, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



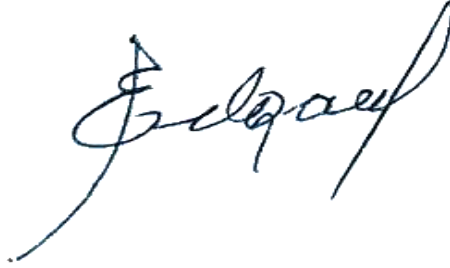
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

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

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

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial**Tribunal Superior del Distrito Judicial****Bogotá D. C.****SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ARMIDA LEONISA CABEZAS FERRIN CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

La demandante pretende se declare la «*nulidad*» del traslado que realizó del Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, a Porvenir S.A. En consecuencia, se condene a esta última a devolver todos los valores consignados en la cuenta de ahorro individual, cotizaciones, bono pensional, rendimientos y cualquier suma adicional de la aseguradora, asimismo, a Colpensiones a realizar la activación como afiliada, tramitar el recaudo de todos los dineros y actualizar la historia laboral; por último, solicitó que se acceda a la que resulte probado *ultra y extra petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 1° de junio de 1962, cotizó al Instituto de los Seguros Sociales desde el 18 de agosto de 1981 hasta el 30 de abril de 1997, un total de 800 semanas, que se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A. y el primer aporte a esta entidad lo realizó en **mayo de 1997**.

Refirió, que al momento del traslado no obtuvo información clara y suficiente acerca de sus derechos pensionales, los requisitos y condiciones dispuesto en ambos regímenes para acceder a esta prestación y tampoco le fue entregado cálculo actuarial que le hubiese permitido conocer el valor de la mesada pensional que obtendría en ambos regímenes.

Manifestó, que el fondo de pensiones omitió informarle sobre las condiciones que debía cumplir para pensionarse antes 57 años, como la obligación de acogerse a la modalidad de retiro anticipado que implicaba la venta del bono pensional, y no le informaron que, para pensionarse con una mesada superior al salario mínimo, debía cotizar más años de los dispuesto en el RPM y aun así no podían garantizarse.

Finalmente, indicó que solicitó la nulidad de traslado ante Porvenir S.A y Colpensiones, el 17 de agosto de 2018 y el 15 de agosto, respectivamente, la cual fue negada por ambas entidades (f.º5 a 33).

II. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento, el tiempo en que estuvo vinculada al Instituto de Seguros Sociales, las semanas cotizadas, la fecha de traslado a Porvenir S.A., la solicitud de nulidad de traslado y la respuesta que suministró. Negó que la falta de información de Porvenir S.A. al momento de traslado haya viciado el consentimiento.

De otra parte, aclaró que la obligación de emitir proyecciones pensionales nació con el Decreto 2071 de 2015, posterior al traslado, que el monto pensional depende del comportamiento fluctuante de la economía por eso resultaba incierto establecer el régimen más favorable al momento del traslado; además, resaltó que la afiliada tenía el deber de informarse sobre las condiciones de los regímenes pensionales que estaban consignados en la Ley y la ignoración de esta, no la exime de su cumplimiento. Con respecto a los demás hechos manifestó que no eran ciertos o no le constaban.

En su defensa, propuso las excepciones de «*inexistencia de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción*» (f.º 73 a 87).

PORVENIR S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de traslado y negó no haberle brindado la debida información en ese momento. Por su parte, aclaró que la demandante se trasladó de manera libre y voluntaria como consta en el formulario de afiliación, el cual se presume auténtico, que las condiciones y características de los regímenes existentes están consagrados en la Ley y que siempre se le garantizó el derecho de retracto, por lo que la demandante pretende desconocer con la demanda la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Con respecto a los demás hechos manifestó que no eran ciertos o no le constaban.

En su defensa, propuso las excepciones de «*prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la excepción genérica*» (f.º 121 a 149).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 12 de mayo de 2021 (f.º 181 a 185, CD 2), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por la **AFP PORVENIR** y con esto a la afiliación realizada a la Sra **ARMIDA LEONISA CABEZAS FERRIN**, identificada con cédula de ciudadanía **Nº 59.662.221**, respecto del traslado realizado el 26 de marzo de 1997.

SEGUNDO: DECLARAR que la Sra. **ARMIDA LEONISA CABEZAS FERRIN**, identificada con cédula de ciudadanía **Nº 59.662.221**, se encuentra efectivamente afiliada a la administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES -**.

TERCERO: ORDENAR a AFP PORVENIR, realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual la Sra. **ARMIDA LEONISA CABEZAS FERRIN** a **COLPENSIONES**, junto con sus respectivos intereses, rendimientos, y cuotas de administración.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como reactivar la afiliación de la Sra. **ARMIDA LEONISA CABEZAS FERRIN**.

QUINTO: ORDENAR a AFP PORVENIR, a trasladar los dineros recibidos por cuotas de administración al RPM administrado por **COLPENSIONES**, de manera proporcional al tiempo en que la demandante estuvo afiliada en la misma. Para esto se **CONMINA a COLPENSIONES** a efectos de realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas.

El *ad quo* indicó que no era objeto de discusión que la demandante i) cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde 18 de agosto de 1981 hasta el 30 de abril de 1997 un total de 800 semanas y ii) que el **26 de marzo de 1997** realizó el traslado a Porvenir S.A. (f.º 53) .

Refirió, que el problema jurídico consistía en determinar si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A. es ineficaz, ante la falta al deber de información al momento del traslado.

Para el efecto, señaló que la normatividad aplicable para la fecha del traslado de régimen pensional son los artículos 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y los artículos 10 y 12 de Ley 720 de 1994. En tal perspectiva, indicó que los fondos privados de pensiones desde su creación tienen el deber de dar información con respecto a las características del sistema, las condiciones de acceso a las prestaciones y los efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, por lo que se desestima, la alusión referente al deber de auto información del afiliado, pues es una obligación de los fondos que no pueden eludir.

Refirió, que la suscripción del formulario de afiliación, aprobado en ese momento por la Superintendencia, no implicaba la exista un consentimiento informado por parte del afiliado, pues no contiene la información necesaria para dar cumplimiento a este deber y, a pesar de que Porvenir S.A debía acreditar el cumplimiento de este deber, revisado los medios de pruebas, no cumplió con este deber.

Igualmente manifestó que, si bien la demandante confesó que, en el año 2005 tras recibir el título de abogada, conoció los requisitos para pensionarse en ambos regímenes, esto no implica que tuviera un consentimiento informado pues, no mencionó que haya sido informada de manera clara y precisa sobre los efectos y riesgos que conllevaba el traslado y como estos la impactaban de acuerdo a sus condiciones particulares.

Precisó, que a pesar de que la demandante continuo cotizando, después de conocer los requisitos para obtener la pensión en ambos regímenes, no se configuran actos de relacionamiento, pues hay que diferenciar entre prestación, afiliación y cotización, y si bien es cierto hay cotizaciones permanentes y continuas, estas solo hacen referencia a la relación jurídica de aportes y no a la de afiliación, de modo que, para que estos actos de relacionamiento tengan un impacto, es necesario que se den antes del periodo de restricción de los 10 años y deben ser de tal magnitud que el afiliado comprenda las consecuencias del traslado, de otro modo, la simple cotización de aportes no subsana el deber de información.

Sostuvo, que las proyecciones pensionales que le fueron entregadas datan del año 2018, por lo que infirió que para esa fecha fue consciente de las consecuencias del traslado e indicó que a pesar de que la motivación de la demandante sea el monto pensional, esto no deslegitima su pretensión, pues no fue informada ni al momento de traslado ni posterior con los actos de relacionamiento del impacto en la construcción de la mesada pensional en ambos regímenes

Con respecto a la imposibilidad de declarar la ineficacia del traslado por no existir una afectación a un derecho adquirido o en construcción, señaló que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que este hecho no es un requisito que permita verificar si el acto jurídico es eficaz o no.

Finalmente, refiere que la discusión en cuanto a la validez o no del acto jurídico de afiliación torna la discusión del mismo en irrenunciable y, por tal razón, queda atado a la imprescriptibilidad (CSJ Rad 5674 de 2019).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo del *ad quo* en su integridad. En sustento de la alzada, señaló que no se tuvo en cuenta los aspectos facticos de la actora, para valorar si aplicaba de manera automática los efectos de la línea jurisprudencial de la Corte Suprema.

En ese sentido refirió que no vulneró el deber de información, pues al momento de realizar el traslado, la demandante no tenía ningún beneficio pensional que le generara algún tipo de riesgo; que el formulario de afiliación, no debía restársele credibilidad probatoria, pues era el documento aprobado por la Superintendencia para manifestar la voluntad de traslado del afiliado, de ahí la imposibilidad probatoria para acreditar condiciones de tiempo, modo y lugar en que se efectuó el traslado, ya que la asesoría se realizaba de forma verbal y la firma constataba la voluntad del afiliado por escrito, pues no había otra exigencia legal o jurisprudencial para la época.

Asimismo, señaló que no se puede aplicar la negación indefinida cuando la parte actora no aportó ningún medio probatorio que sustentara sus manifestaciones y no es óbice para declarar la ineficacia, el desacuerdo de la demandante con respecto al monto pensional.

Agregó, que se debe valorar la calidad de abogada de la demandante frente al deber de información, pues al conocer los requisitos exigidos en cada uno de los regímenes para alcanzar la pensión dentro del sistema y entender la trascendencia de continuar efectuando aportes estaba en la posibilidad de retornar al régimen de prima media con prestación definida y aun así no lo hizo dentro de la oportunidad establecida en la Ley.

Finalmente, indicó que la condena de la devolución de los gastos de administración desconoce las facultades que la ley otorgó a las administradoras para generar el cobro por la gestión que desempeñó de buena fe y que se reflejan en los rendimientos positivos de la cuenta de ahorro individual, lo cual no hubiera ocurrido si los mismos estuvieran en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; asimismo, indicó que el pago de la prima de seguros de las contingencias de invalidez y muerte fueron cubiertas por el fondo y ya no pertenecen a su patrimonio.

COLPENSIONES solicitó que se revoque de manera parcial el fallo, para lo cual argumentó que no se puede determinar el perjuicio que le genera el traslado a la entidad pues no se tiene certeza si lo ahorrado alcance a cubrir la prestación económica. De igual manera, señaló que la inversión de la carga de la prueba solo opera cuando el afiliado al momento del traslado tiene una expectativa legítima o un derecho consolidado y este acto jurídico le genere un perjuicio, pues solo en estos casos «*especialísimos*» la Corte ha optado por esta figura.

Asimismo, consideró que la inversión de la carga de la prueba que realizó *el Ad quo* es desproporcionada, pues no puede operar con la simple manifestación de no recibir la debida asesoría, sin demostrar lo dicho, además que el fondo no se le exigía en la época del traslado constancia escrita de la asesoría brindada.

V. CONSIDERACIONES

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

En el presente asunto no es materia de discusión: i) que la demandante realizó aportes al Instituto de Seguros Sociales desde el 18 de agosto de 1981 hasta el 30 de abril de 1997 un total de 800 semanas (f.º 74, CD 4) y ii) que la solicitud de traslado a

Porvenir S.A se realizó el 26 de marzo de 1997 y se hizo efectiva el 1 de mayo de 1997 (f.º9 y 60).

Conforme a los antecedentes, corresponde a esta Sala de Decisión dilucidar los siguientes problemas jurídicos: **i)** determinar si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado Porvenir S.A. es ineficaz por falta de información; **ii)** si el cumplimiento del deber de información cambia de acuerdo a la calidad del afilado; **iii)** y en caso de declararse la ineficacia, si hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes, rendimientos, gastos de administración, las primas de seguro previsionales y lo destinado a la garantía de pensión mínima.

DEBER DE INFORMACIÓN

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

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

De modo que, el acto de traslado debe ir precedido de una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional cumplimiento que permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, se ha indicado que no hay una manifestación libre y voluntaria cuando el afiliado desconoce la incidencia que tiene el traslado en sus derechos

prestacionales, de ahí que, no pueda estimarse satisfecho este requisito con la simple expresión genérica que se plasman en los formularios de afiliación.

Asimismo, no desconoce esta Sala de Decisión que el deber de información con el pasar del tiempo se ha intensificado y con ello las obligaciones a cargo de las administradoras de pensiones, de ahí que del deber de información necesaria (1993-2009) se pasó al de asesoría y buen consejo (2009-2014) y, finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (CSJ SL4062-2021).

CARGA PROBATORIA

Con respecto a la parte que tiene la carga de probar o acreditar el cumplimiento de este deber, la Corte ha fijado que son los fondos de pensiones quienes tienen esta obligación, pues tiene la posición más favorable para acreditar el cumplimiento de esta obligación, ya que la documentación soporte del traslado debe conservarse en sus archivos.

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

TRASLADO SIN CONDICIONES ESPECIALES

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

CALIDAD DEL AFILIADO

La ineficacia del traslado procede ante la falta al deber de información por parte de los fondos de pensiones al momento de traslado, de modo que, si lo que se pretende es eximirse de la obligación de dar la información de las condiciones de los regímenes pensionales, las consecuencias y riesgos del traslado, es imperioso que se acredite que el afiliado es un experto en materia pensional y conozca cada uno de los aspectos del sistema pensional.

Por lo tanto, la simple condición de ser abogado no garantiza que conozca la información necesaria para tener un consentimiento informado al momento de traslado y para que el fondo de pensiones pueda sustraerse del deber de información que debe suministrar por Ley, debe acreditar la experticia del afiliado en referencia a los regímenes pensionales (SL1957-2022).

CASO CONCRETO

Sea lo primero precisar, que tal como se desprende de los medios de convicción del proceso, la solicitud de vinculación ante el fondo de pensiones Porvenir S.A. se realizó el día 26 de marzo de 1997 (f.º150) y la fecha en que se realizó el traslado fue el **1 de mayo de 1997**(f.º94 y 156).

En efecto, el traslado de régimen pensional se hizo efectivo el **1º de mayo de 1997**, cuando el deber de información se encontraba en la primera etapa, en la cual se debe entregar información suficiente y transparente que le permita al afiliado elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajuste a sus intereses, de ahí que, Porvenir S.A. tenía el deber inexcusable de brindar a la afiliada información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculada, de modo que, no se le está imponiendo obligaciones no previstas en el ordenamiento jurídico como lo plantea el recurrente, pues esta obligación viene consignada en el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Ahora bien, a pesar de que el formulario de afiliación tiene plasmada la firma de la demandante junto al texto pre-impreso denominado «*voluntad de afiliación*» no se puede concluir como lo asevera Porvenir S.A. en el recurso de apelación que el acto de traslado estuvo mediando por la voluntad de la demandante, pues, como ya se

indicó, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que este tipo de aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado (CSJ SL1949-2022 que reitera CSJ SL19447-2017).

Y si bien, como lo señala la recurrente, la demandante continuó cotizando al sistema después del año 2005, cuando recibió el título de abogada, la Corte ha indicado, en referencia a las cotizaciones que esos actos no pueden considerarse como ratificaciones de la voluntad de pertenecer a este régimen, pues no se puede validar el desacato legal del deber de información, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse.

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

Ahora bien, con respecto a la calidad de la demandante, como ya se señaló no por el hecho de tener el título de abogada exime al fondo de pensiones del deber de brindar información completa, clara y transparente, pues, el acto en sí mismo es ineficaz en el momento en que se hizo efectivo el traslado sin la debida información, además, su condición no implica que conozca a plenitud las características de los regímenes pensionales; de hecho, en el interrogatorio de parte, señaló que es abogada administrativa, por lo cual, no se puede inferir que conozca las consecuencias y riesgos del traslado, de ahí que le asistía la obligación al fondo de cumplir con el deber de información.

Igualmente, debe hacerse claridad que a pesar de que el recurrente señala que no se puede declarar la ineficacia, primero, porque la afiliada solicita el retorno al RPM por la diferencia de la mesada pensional en ambos regímenes y, segundo, porque no es beneficiaria del régimen de transición ni tiene un derecho adquirido o próximo a causarse. Se itera, que el aspecto que se analiza es el cumplimiento del deber de información al momento de traslado, siendo indiferente el motivo que impulsa a la demandante ejercer la presente acción o la condición que ostente, pues resulta inane si la mesada pensional presenta una presunta diferencia en su cuantía o que no sea

beneficiaria del régimen de transición porque el punto de análisis es el cumplimiento del deber de información al momento de traslado que permita garantizar un consentimiento debidamente informado.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba retirarse del RPM al que se encontraba afiliada, carga probatoria que les correspondía. En consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que el traslado se torne ineficaz, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y demás emolumentos ordenados devolver como consecuencia de la declaratoria de ineficacia, cabe reseñar que esta figura supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre).

Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido que se disponga que los fondos de pensiones privados trasladen a Colpensiones los anteriores conceptos con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1467-2021 adoctrinó:

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

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado, sin que sea de recibo la sentencia referida por el *a quo* para negar el reconocimiento de los mismos, pues como bien lo mencionó se trató del estudio de una ineficacia de traslado respecto de un afiliado pensionado, lo cual no corresponde al presente asunto.

Por lo anterior, se hace necesario, modificar el numeral tercero de la decisión de instancia, para adicionar la devolución del porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los cuales deben ir debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, pues como lo dispone la sentencia estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos se financiará las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, la devolución de **manera íntegra** a Colpensiones de todos los dineros aportados por la afiliada al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual.

PRESCRIPCIÓN

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

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

VI. COSTAS

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

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

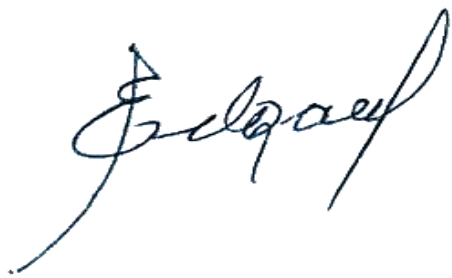
VII. RESUELVE

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

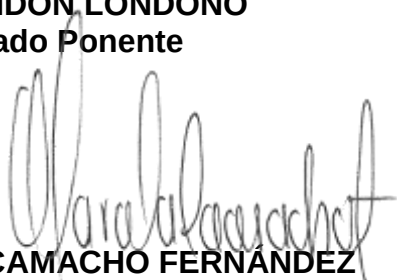
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



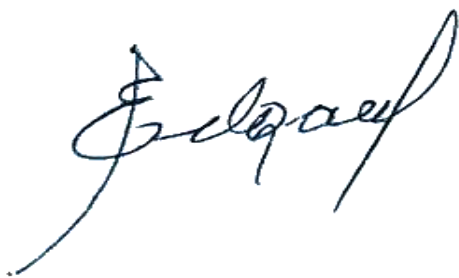
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

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



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PATRICIA SALGADO GONZÁLEZ
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, AFP PORVENIR Y AFP PROTECCIÓN.**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

La demandante pretende se declare la «*nulidad o ineficacia*» del traslado que realizó del Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, a Porvenir S.A. y el posterior traslado a Protección S.A. En consecuencia, requirió que las administradoras de fondos de pensiones privadas -AFP- sean condenadas a trasladar la totalidad del dinero que se encuentra depositado en la cuenta de ahorro, las cuotas de administración y seguros previsionales a Colpensiones y a esta, a recibirlas, corregir y actualizar la historia laboral; por último, solicitó que se acceda a lo que resulte probado *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 6 de junio de 1963; que se afilió al sistema general de pensiones el 5 de diciembre de 1988; que cotizó al régimen de prima media con prestación definida 23.29 semanas y el 1° de abril de 1996, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –RAIS – administrado por Porvenir S.A, sin recibir «*suficiente ilustración*».

Refirió, que fue inducida al traslado de régimen de «*manera engañosa y omitiendo información valiosa*», pues el fondo de pensiones utilizó como argumento para convencerla del traslado que el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, iba a desaparecer; que no le informó de las ventajas, desventajas ni el funcionamiento del régimen pues omitió realizar las proyecciones de la mesada pensional, informar sobre la forma como se calcula la pensión en el RAIS, brindar información con respecto al bono pensional y comunicar que parte del aporte iba ser utilizado para cubrir el seguro previsional, la cuota de administración y el seguro para la garantía de pensión mínima.

Agregó, que el **24 de mayo de 1995** se trasladó a Protección S.A., entidad que también omitió el deber de información y si bien, le explicó que podía pensionarse a cualquier edad, no le informó la afectación que tendría tal decisión en la mesada y el bono pensional, como tampoco el año de gracia que se concedió para retornar al régimen de prima media con prestación definida -RPM-, por única vez, antes del 28 de enero de 2004, ni la imposibilidad de trasladarse de régimen cuando le faltaren diez años o menos de la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión.

Finalmente, manifestó que desde la afiliación al sistema general de pensiones ha cotizado un total de 889 semanas, que elevó derecho de petición ante Colpensiones y Porvenir S.A., y que Colpensiones negó la solicitud nulidad del traslado (f.º 3 a 8).

II. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, negó que el traslado se haya efectuado el 1º de abril de 1996, que no haya suministrado información suficiente relativa al funcionamiento del régimen de ahorro individual -RAIS- y respecto a la posibilidad de retornar al RPM y la fecha de vinculación a Protección S.A. Aclaró, que el traslado a su entidad se realizó el **1º de junio de 1996** y el posterior traslado a Protección S.A. se materializó el **1º de julio de 1999**.

Indicó, que brindó asesoría profesional y completa al momento de traslado, que la actora tiene conocimiento de las características especiales del régimen de capitalización, pues realizó aportes voluntarios y que la información referente al año de gracia fue publicada en el diario el TIEMPO el 16 de enero de 2004; sin embargo, no le asistía la obligación de suministrar esta información en forma directa a la afiliada, toda vez que no se estaba vinculada a esa entidad en dicha data.

Manifestó, que por la densidad de cotizaciones de la demandante, trasladarse de régimen le sería inconveniente, pues tendría derecho a una prestación subsidiaria, mientras que, por el monto del capital de la cuenta de ahorro individual en el RAIS si tendría derecho a la pensión de vejez. Con respecto a los demás hechos manifestó que no eran ciertos o no le constaban.

En su defensa, propuso las excepciones de *«prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe»* (f.º 44 a 51, CD 3).

PROTECCIÓN S.A se opuso a todas las pretensiones incoadas en su contra. En cuanto a los hechos en que se fundamenta, aceptó la fecha de nacimiento del demandante. Negó que haya omitido suministrar la información adecuada, suficiente, comprensible, detallada, precisa y cierta a la vinculación con la entidad; asimismo, negó la fecha informada del traslado. De otra parte, aclaró que la fecha de afiliación a la misma fue el **24 de mayo de 1999** y que durante el proceso de traslado fue asesorada adecuadamente.

En su defensa, propuso las excepciones de *«inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta los derechos de terceros de buena fe, validez y eficacia del traslado entre administradoras de fondo de pensiones del RAIS e innominada o genérica»*. (f.º70, CD 2).

COLPENSIONES también se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto los hechos, aceptó la fecha de nacimiento, la fecha y las semanas cotizadas en el régimen de prima media con prestación definida y la reclamación que la actora presentó y la respuesta que suministró. Respecto de los demás, manifestó que no le constaban. En su defensa propuso las excepciones de *«hecho de la víctima/afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad y la genérica o innominada»* (f.º74, CD 4).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 18 de junio de 2021 (f.º 85, CD 6), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora PATRICIA SALGADO GONZÁLEZ, al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha de 1º de abril de 1996, por intermedio de la entonces ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por conceptos de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora PATRICIA SALGADO GONZALEZ identificada con C.C.: 51.732.464 a COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

El *ad quo* indicó, que no era objeto de discusión que la demandante i) efectuó aportes al extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 5 de diciembre de 1988 hasta el 30 de agosto de 1989, un total de 23.29 semanas (f.º 74, CD 4); ii) que **1º de abril de 1996** se materializó el traslado a la Horizontes S.A, hoy Porvenir, conforme la historia laboral emitida por la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda (f.º9) y en el historial de vinculaciones del aplicativo SIAFP (f.º60); iii) que el 24 de mayo de 1999, la demandante se afilió a la Davivir S.A. y, posteriormente, se trasladó a Porvenir S.A. el 28 de noviembre de 2012 (f.º70, CD 2 pfd 56 a 57), lo cual se corrobora con el historial de vinculación SIAFP (f.º60).

En tal perspectiva, indicó que el problema jurídico consistía en determinar si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad es «*nulo o ineficaz*» ante la supuesta omisión de la AFP Horizontes, hoy Porvenir S.A, del deber de información al momento del traslado.

Al respecto, señaló que el cambio de régimen pensional se abordó desde la ineficacia, pues es la consecuencia que el legislador consagró en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, relevando de este análisis la figura de la nulidad, al considerar que es desproporcionado exigirle al afiliado que demuestre la existencia de vicios en el consentimiento, además que ambas figuras conllevan las mismas consecuencias

jurídicas (sentencia con rad 68838 de 2019 reiterada en la CSJ SL 3464-2019, CSJ SL 1989-2019 y CSJ SL 4360-2019).

Agregó, que Porvenir S.A. tenía la carga de probar las circunstancias en que realizó el traslado de régimen, pues debía demostrar que brindó información completa, veraz y oportuna de las implicaciones del acto de traslado, pues ello garantiza el consentimiento debidamente informado para escoger la opción que más le conviene; además, le asistía la obligación de suministrar información transparente, lo cual implicaba no sólo informar lo favorable del régimen sino todo lo que se deriva de dicho acto, incluso si fuera el caso, desanimar al interesado de tomar una decisión que perjudique sus intereses (CSJ SL12136 – 2014, CSJ SL1421- 2019, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).

Teniendo en cuenta lo anterior, resaltó que Porvenir S.A. no logró acreditar que la demandante hubiese recibido información sobre las ventajas y desventajas que conllevaba el cambio de régimen al momento del traslado. Para tal efecto, indicó que el representante legal de Porvenir S.A en el interrogatorio de parte declaró que la entidad no contaba con registro físico del proceso de afiliación ya que para el año 1997 las asesorías se realizaban de forma verbal. Agregó que al rendir su declaración la demandante narró que jamás se enteró del cambio del régimen pensional, pues nunca recibió asesoría de las administradoras de pensiones y siempre creyó estar afiliada a Colpensiones; lo anterior, debido a que las empresas para las que laboraba se encargaban de realizar todos los trámites, y ella solo firmaba formularios.

En consecuencia, concluyó que la demandante no recibió información clara, precisa y detallada de las consecuencias del traslado que se realizó el 1° de abril de 1996, pues además de que la entidad no aportó medios de convicción que acreditaran el cumplimiento de tal obligación, en el plenario no obraba ni siquiera el formulario de vinculación a esa administradora.

Por último, con respecto al documento denominado “*políticas asesorar para vincular personas naturales*” allegado por Protección S.A, indicó que no es un medio útil para acreditar que al momento del traslado de régimen pensional la demandante hubiese recibido información cierta, pertinente y oportuna; que igual suerte corrían los comunicados de prensa, dado que no tenían la virtualidad de demostrar que la actora para la data del traslado de régimen, contaba con el pleno conocimiento de las implicaciones de dicha decisión.

Así, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante en el régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado el día 1° de abril de 1996 a la Horizonte S.A, hoy Porvenir S.A. y, en consecuencia, la invalidación del movimiento entre las administradoras del RAIS, disponiendo el regreso automático de la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo del *ad quo* en su integridad y, en subsidio, que no sea condenada a devolver los gastos de administración.

En sustento de la alzada, señaló que debe respetarse la voluntad de las partes y, por ende, darle valor probatorio al formulario de afiliación, pues este cumplía con los requisitos vigentes al momento del traslado, ya que para el año 1996, no se había consolidado el deber de información, pues estaba en su primera fase y, por tanto, las asesorías se realizaban de forma verbal, de modo que, no puede hacerse exigibles obligaciones que nacieron con posterioridad a la fecha del traslado.

Expuso, que la permanencia de la demandante en el régimen, los aportes efectuados y los traslados horizontales que realizó deben ser reconocidos como actos de ratificación y relacionamiento con el sistema que demuestran que quiere pensionarse con ese régimen, para el efecto trajo a colación la sentencia SL52704-2018.

Señaló, que los afiliados también tenía deberes y obligaciones, de modo que no bastaba que la actora manifestara que las obligaciones de la AFP fueron incumplidas, cuando no tuvo la mediana diligencia de informarse sobre el acto jurídico que realizaba, aun cuando los aspectos relevantes están determinados en normas de común conocimiento y que no puede considerarse como un factor para viciar la voluntad, el deseo de retornar al RPM por la diferencia de la mesada pensional entre ambos regímenes.

Con respecto a la condena de los gastos de administración, adujo que no habría lugar a la devolución de tales valores, dado que estos por mandato legal tienen una destinación específica que se cumplió durante la vinculación, de tal suerte que, estas sumas ya fueron invertidas en la forma exigida por la ley, se destinaron a cubrir los gastos necesarios para la correcta administración de los recursos, lo cual se vio

reflejado en la cuenta de ahorro individual de la demandante. Asimismo, señaló que no es procedente devolver lo pagado por concepto de prima de los seguros previsionales ya que no están en su poder sino en manos de la aseguradora.

COLPENSIONES manifestó que la demandante nunca presentó inconformidad por pertenecer a la AFP, además que existieron actos de relacionamiento y una densidad considerable de años que ratificaba su intención de pertenecer en el RAIS.

V. CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación que presentaron Porvenir S.A. y Colpensiones y, a surtir a favor de esta última, el grado de jurisdicción de consulta en aquellos puntos que no apeló.

En el presente asunto no es materia de discusión: *i)* que la demandante realizó aportes al Instituto de Seguros Sociales desde el 5 de diciembre de 1988 hasta el 30 de agosto de 1989, un total de 23.29 semanas (f.º 74, CD 4); *ii)* que el traslado a la AFP Horizontes, hoy Porvenir, se realizó el **1º de abril de 1996** (f.º 9 y 60); y *iii)* que el 24 de mayo de 1999 la demandante se afilió a Davivir S.A. y, posteriormente, se trasladó a la Porvenir S.A. el 28 de noviembre de 2012 (f.º 70 y 60, CD 2 pfd 56 a 57).

Claro lo anterior, corresponde a esta Sala de Decisión determinar *i)* si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad administrado por Horizontes S.A., hoy Porvenir S.A., su posterior traslado a Davivir S.A., hoy protección y el retorno a Porvenir S.A., es ineficaz por falta de información y, en consecuencia, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados en estas entidades, así como los gastos de administración.

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

Lo anterior, debido a que estas entidades cuentan con responsabilidades sociales y profesionales intrínsecas a su labor, que las obligan, desde su misma creación, a

acompañar al afiliado y suministrarle información clara, veraz, prudente, comprensible y efectiva sobre las consecuencias de la elección de un determinado régimen pensional, teniendo en cuenta sus condiciones particulares e historia laboral (CSJ SL 5280-2021).

De modo que, el acto de traslado debe ir precedido de una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional cumplimiento que permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En esta vía, se ha indicado que no hay una manifestación libre y voluntaria cuando el afiliado desconoce la incidencia que tiene el traslado en sus derechos prestacionales, de ahí que, no pueda estimarse satisfecho este requisito con la simple expresión genérica que se plasman en los formularios de afiliación.

Asimismo, no desconoce esta Sala de Decisión que el deber de información con el pasar del tiempo se ha intensificado y con ello las obligaciones a cargo de las administradoras de pensiones, de ahí que del deber de información necesaria (1993-2009) se pasó al de asesoría y buen consejo (2009-2014) y, finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que esté ha existido desde la creación del sistema de general de pensiones (CSJ SL4062-2021).

Ahora bien, con respecto a la carga probatoria, la Corte ha fijado que son los fondos de pensiones quienes tienen esta obligación, pues el debate se centra en que estos no suministraron la información pertinente, de modo que, se está ante una negación indefinida; además, ostentan una posición más favorable para demostrar el cumplimiento de esta obligación, pues deben conservar la documentación soporte del traslado en sus archivos.

Así en el caso concreto, la Sala advierte que el traslado de régimen pensional se realizó el **1° de abril de 1996** cuando el deber de información estaba en la primera etapa, según la cual, las AFP debían suministrar información suficiente y transparente que le permita al afiliado elegir «libre y voluntariamente» la opción que mejor se ajuste a sus intereses; de ahí que, Porvenir S.A. tenía el deber inexcusable de brindar a la afiliada información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características

de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculada, de modo que, no se le está imponiendo obligaciones no previstas en el ordenamiento jurídico como lo plantea el recurrente, pues esta obligación viene consignada en el numeral 1. ° del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

En efecto, al analizar los medios de convicción del proceso, se tiene que existe la solicitud de vinculación ante el fondo de Pensiones Horizonte S.A. (f.°10), del cual no se deriva la fecha real en que se realizó el traslado, pues de allí se desprende que fue el 4 de marzo de 1997, cuando el traslado se realizó el **1° de abril de 1996**, tal y como consta en la historia laboral emitida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para la emisión del bono pensional (f.°9) y el historial de vinculación expedido por Asofondos (f.°60).

Ahora bien, aun cuando ese formulario de afiliación tiene plasmada la firma de la demandante junto al texto pre-impreso denominado «*voluntad de selección y afiliación*» no se puede concluir como lo asevera Porvenir S.A. en el recurso de apelación que el acto de traslado estuvo mediando por la voluntad de la demandante, pues, como ya se indicó, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado de manera pacífica que este tipo de aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, dado que a lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado (CSJ SL1949-2022 que reitera CSJ SL19447-2017).

De otra parte, pese a que la demandante realizó traslados horizontales entre los fondos, toda vez que después de su vinculación inicial al RAIS, el 24 de mayo de 1999, se pasó al fondo llamado hoy Protección (f.°60) y, posteriormente, retornó a Porvenir S.A. el 28 de noviembre de 2012 (f.°60), no pueden considerarse que estos actos son ratificaciones de la voluntad de pertenecer a este régimen, pues no se puede validar el desacato legal del deber de información, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse.

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

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

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

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

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

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

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

Debe hacerse claridad que, si bien la recurrente refiere que no se puede considerar como un factor para viciar la voluntad, el deseo de la afiliada de retornar al RPM por la diferencia de la mesada pensional, se itera que el aspecto que se analiza es el cumplimiento del deber de información al momento de traslado, siendo indiferente

el motivo que impulsa a la demandante ejercer la presente acción, pues resulta inane si la mesada pensional presenta una presunta diferencia en su cuantía, ya que el punto de análisis es el cumplimiento del deber de información que permita garantizar un consentimiento debidamente informado.

Conforme a lo anterior, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba retirarse del RPM al que se encontraba afiliada, carga probatoria que les correspondía; en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

De otro lado, en lo que respecta a los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y demás emolumentos ordenados devolver como consecuencia de la declaratoria de ineficacia, cabe reseñar que esta figura supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre).

En tal perspectiva, resulta totalmente válido que se disponga que los fondos de pensiones privados trasladen a Colpensiones los anteriores conceptos con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1467-2021 adoctrinó:

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

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado, sin que sea de recibo la sentencia referida por el *a quo* para negar el reconocimiento de los mismos, pues como bien lo mencionó se trató del estudio de una ineficacia de traslado respecto de un afiliado pensionado, lo cual no corresponde al presente asunto.

En consecuencia, la Sala modificará el numeral segundo de la decisión de instancia, para adicionar en la condena contra Porvenir S.A. la devolución del porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos.

De igual forma se dispondrá adicionar el numeral séptimo a la sentencia de primera instancia, en el sentido de CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos

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

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, la devolución de **manera íntegra** a Colpensiones de todos los dineros aportados por la afiliada al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual.

PRESCRIPCIÓN

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

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

VI. COSTAS

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

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

VII. RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral segundo de la sentencia de instancia, en el sentido de **CONDENAR** a PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones además de lo ya indicado en este numeral, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, además de que, al momento de cumplirse la orden dispuesta en este numeral, esta entidad deberá discriminar todos los conceptos ordenados a trasladar con sus respectivos valores, el

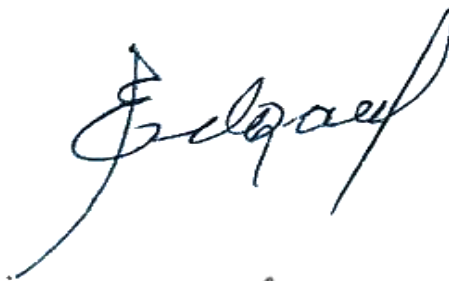
detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR EL NUMERAL SÉPTIMO a la sentencia de instancia en el sentido de **CONDENAR** a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



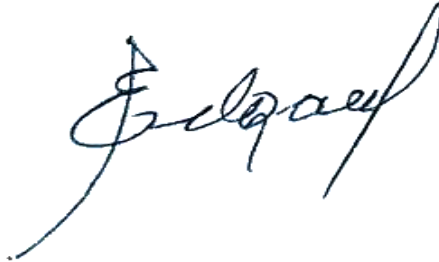
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

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

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

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial**Tribunal Superior del Distrito Judicial****Bogotá D. C.****SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL****DEMANDANTE: ROCÍO ROBLEDO MARTÍNEZ****DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:**ANTECEDENTES**

Pretende la señora **ROCÍO ROBLEDO MARTÍNEZ**, se **ordene** al traslado del régimen de ahorro individual que administra la AFP Porvenir S.A., al régimen de prima media con prestación definida que administra Colpensiones, con la totalidad de cotizaciones hechas a pensión en ambos regímenes, se **condene** ultra y extra petita y se **condene** al pago de costas procesales. (Exp.Digital documento 022 pág. 5).

Como hechos fundamento de las pretensiones (Exp.Digital documento 022 pág. 6 a 7), señaló en síntesis que nació el 15 de febrero de 1961; que se afilió por primera vez a la AFP PORVENIR en el mes de enero de 1997 hasta el mes de agosto del mismo año y, que dejó de cotizar por quedar sin empleo, retomando posteriormente la afiliación en dicho fondo en abril de 2004 hasta la fecha; que tiene 637 semanas cotizadas; que ingresó por primera vez a la carrera administrativa el día 17 de septiembre de 2014.

Mencionó, que efectuó la petición de traslado a Colpensiones el día 20 de febrero de 2017 mediante radicado 1821941 y a la AFP Porvenir en el mismo mes,

entidades que en respuesta a su solicitud niegan el traslado; la primera al señalar que no cuenta con los 15 años o más de servicio cotizados al momento de entrar en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones y la segunda, al indicar que no se cumplen con las 750 semanas cotizadas al 1º de abril de 1994.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones contestó (Exp.Digital documento 009 pág. 1 a 25), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los supuestos fácticos en los que estas se fundamentan, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, así como la petición de traslado a Colpensiones realizada el día 20 de febrero de 2017 y la respuesta que le dio a la misma; en cuanto a los demás hechos, dijo no constarle. Propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

La **AFP Porvenir S.A.** contestó (Exp.Digital documento 021 pág. 1 a 9), oponiéndose a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos, aceptó la solicitud de traslado tramitada y respondida; en cuanto a los demás hechos dijo no constarle; propuso como excepciones de fondo prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa e innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 6 de noviembre de 2020 (Exp.Digital documento 038 pág.5), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del traslado de régimen de prima media al de ahorro individual realizado por la señora **ROCÍO ROBLEDO MARTÍNEZ** a través de **PORVENIR S.A.**

SEGUNDO: ORDENAR a **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** que proceda al traslado de la señora **ROCÍO ROBLEDO MARTÍNEZ** del dinero de la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos e intereses y se ordena a **COLPENSIONES** actualizar la historia laboral de la señora **ROCÍO ROBLEDO MARTÍNEZ**.

TERCERO: COSTAS inclúyase como agencias en derecho la suma de ocho (8) salarios mínimos mensuales legales vigentes a cargo de cada una de las demandadas.

CUARTO: en caso de que este fallo no fuere apelado consúltese en su totalidad a favor de **COLPENSIONES**.

Como fundamentó su decisión, hizo alusión al literal e.) artículo 13 de la Ley 100 de 1993, indicando que no se respetó el término allí consignado para poderse trasladar al RAIS, encontrando de la historia laboral de la demandante que se afilió al régimen de prima media el 1° de enero de 1997 y el 4 de febrero de 1997, se afilió a la AFP Porvenir S.A., de lo cual observó que la selección inicial lo fue con Colpensiones, refirió que el artículo 13 en su texto original, establecía que solo podía cambiarse de régimen una sola vez cada 3 años contados a partir de la selección inicial, no existiendo constancia en el proceso que el caso de la demandante hubiese pasado a un comité de multiafiliación, situación por el cual debía accederse a la nulidad solicitada.

RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones interpuso recurso de apelación, indicando que nunca se realizaron aportes en el régimen de prima media, por lo que la afiliación inicial y efectiva de la demandante lo fue bajo el régimen de ahorro individual, por lo tanto; no se estaría frente a un traslado de régimen.

Porvenir s.a. también interpuso recurso de apelación, en el cual señaló que en el numeral primero de la parte resolutive se declaró la nulidad de la afiliación y si bien los fundamentos que tuvo el juez para decretarla, se motivaron sobre criterios de validez de la afiliación, la figura jurídica enunciada no tiene relación frente a la validez de la afiliación de la demandante; que la nulidad responde a dos criterios ya sea absoluta o relativa respecto de algún vicio del consentimiento y en este caso no se dio ningún aspecto respecto del error, fuerza o dolo, tampoco existe una causa ilícita que haya conllevado a esa afiliación, en cuanto al periodo de permanencia entre uno u otro régimen no debió considerarse frente a la figura de la nulidad, tampoco respecto de la ineficacia.

Sostuvo, que esa entidad siempre actuó de buena fe, por lo que no debió ser condenada en costas; así mismo, debe considerarse que no se surtió un comité de multivinculación por cuanto el mismo se prevé sobre aportes que realiza el afiliado y en este caso la entidad no tenía cómo saber si la actora había realizado aportes, toda vez que no reportó ningún aspecto.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

En el presente asunto no es materia de discusión que: *i)* la señora Rocío Robledo Martínez se afilió al ISS el 1° de enero de 1997 (Exp. Digital- cuaderno 009, página 21); y *ii)* que el 2 de febrero de 1997 se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., entidad en la cual se encuentra afiliada actualmente (Exp. Digital- cuaderno 021, página 10).

En el *sub examine*, se tiene que el juez de primera instancia declaró la nulidad del traslado de régimen, por cuanto no se cumplió con los parámetros del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y del Decreto 692 de 1994, como quiera que la escogencia de régimen que previamente hizo la demandante el 1° de enero de 1997 y el posterior traslado que hizo al RAIS, no se hizo dentro del término de tres años de permanencia que exigía la ley; de manera que como bien lo advierte los apelantes el asunto no debió analizarse desde la nulidad del traslado, pues no observa la presencia de un vicio de consentimiento por error, fuerza o dolo. En ese orden de ideas, los problemas jurídicos a resolver en el presente asunto consisten: *i)* establecer si la señora Rocío Robledo Martínez estaba inmersa en un caso de multifiliación; *(ii)* y si ella debía estar válidamente afiliada al Régimen de Prima Media o al de Ahorro Individual con Solidaridad.

MULTIAFILIACIÓN DE RÉGIMEN PENSIONAL

Se tiene que el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, brindó la posibilidad de que el afiliado escogiera entre uno de esos dos regímenes y, así mismo, que tuviera una vocación de permanencia de al menos cinco años, término que fue modificado con la expedición del Decreto 692 de 1994, el cual en su artículo 15 redujo dicho periodo a tres años y, finalmente, retornó a cinco (5), según el canon 2° de la Ley 797 de 2003.

Sin embargo, previendo los eventuales casos en que los afiliados pudieran

trasladarse antes del término habilitado para ello, el legislador introdujo el concepto de multivinculación, estableciendo que este sería prohibido y fijando que la única afiliación válida es la última que se hubiera hecho dentro del término establecido.

Se tiene entonces que, el artículo 17 del Decreto 692 de 1994, establece:

ARTÍCULO 17. MÚLTIPLES VINCULACIONES. Está prohibida la múltiple vinculación. El afiliado sólo podrá trasladarse en los términos de que trata el artículo anterior, sin embargo, cuando el afiliado cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales. Las demás vinculaciones no son válidas y se procederá a transferir a la administradora cuya afiliación es válida, la totalidad de saldos, en la forma y plazos previstos por la Superintendencia Bancaria.

En relación a lo dispuesto en dicha normatividad la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en sentencia SL8719-2014, en la que se reitera la sentencia (CSJ SL, 4 Jul. 2012, Rad. 46106), señaló:

De otra parte, cumple precisar que la omisión de valoración probatoria que acaba de evidenciarse no tuvo ninguna incidencia en la decisión impugnada, pues no obstante que el juez plural no tuvo en cuenta los documentos reseñados, de los cuales podría inferirse que la causante se afilió al ISS en el mes de enero de 1999, es decir, con posterioridad a su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLFONDOS, lo cierto es que de conformidad con el artículo 15 del Decreto 692 de 1994, la señora Elvia Cecilia Suárez Muñoz no podía trasladarse válidamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida antes de 3 años de producirse su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, esto es, antes del 15 de abril de 2000.

En estas condiciones, la eventual afiliación de la causante al ISS en el mes de enero de 1999, carece de validez por mandato del artículo 17 del Decreto 692 de 1994, según el cual es válida la última afiliación efectuada dentro de los términos legales y las demás no serán válidas ni legítimas, debiéndose proceder a transferir la totalidad de los saldos a la administradora cuya afiliación resulte válida, tal como lo precisó esta Sala de la Corte, en sentencia CSJ SL, 4 Jul. 2012, Rad. 46106, al señalar que:

1. La múltiple afiliación se presenta cuando no puede ser válida la última si no se realiza dentro de los términos previstos en la ley. El artículo 17 del Decreto 692 de 1994 al prohibir la múltiple vinculación, señaló que el afiliado sólo podrá trasladarse de régimen o de administradora de pensiones, cuando dicho cambio se lleve a cabo en los plazos que para tal efecto se tiene[n] fijados, resultando válido la última vinculación efectuada dentro de los términos legales; las demás no serán válidas ni legítimas, debiéndose proceder a transferir la totalidad de los saldos a la administradora cuya afiliación resulte válida.

2. Para el traslado de régimen, que es el punto que interesa al recurso extraordinario, una vez efectuada la selección inicial, los afiliados al sistema general de pensiones sólo podrán trasladarse de régimen transcurridos tres (3) años conforme a lo estipulado en el artículo 15 del Decreto 692 de 1994. Con la entrada en vigencia del artículo 2º de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, ese término se amplió a cinco (5) años.

De acuerdo con lo dicho, es evidente que carece de toda validez la eventual afiliación de la causante al ISS en el mes de enero de 1999, como lo señala la oposición.

En similar sentido, encontramos la sentencia CSJ SL5533-2019, en donde se sostuvo:

[...] de las circunstancias evidenciadas con las pruebas denunciadas, se concluye que Gabriela Amparo Palacios Roldan, después de la Ley 100 de 1993 efectuó la selección inicial de régimen pensional, el 17 de febrero de 1999 al elegir el de prima media administrado por el ISS; y como quiera que solicitó la vinculación al RAIS a través de la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías el 1 de febrero de 2000, éste último traslado no resulta válido, dado que desconoció el término de permanencia de tres años contemplado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

La anterior situación genera la existencia de una múltiple afiliación, en los términos del artículo 17 del Decreto 692 de 1994, que dispone:

“Múltiples Vinculaciones. Está prohibida la múltiple vinculación. El afiliado solo podrá trasladarse en los términos de que trata el artículo anterior, sin embargo, cuando el afiliado cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales. Las demás vinculaciones no son válidas y se procederá a transferir a la administradora cuya afiliación es válida, la totalidad de saldos, en la forma y plazos previstos por la Superintendencia Bancaria.”

Tal situación de múltiple vinculación debe ser resuelta conforme a la norma antes citada, dando validez a la última realizada en los términos de ley y no a las demás

Así las cosas, en el presente asunto nos encontramos frente a una multifiliación, por cuanto la demandante realizó su selección inicial en el ISS en el mes de enero de 1997 y posteriormente, en febrero del mismo año, se afilió al RAIS a través de Porvenir S.A., sin que se respetará el término de tres (3) años que consagraba el artículo 15 del Decreto 692 de 1994, vigente para esa época, lo cual conforme a la jurisprudencia citada en precedencia y la norma en cita; solo resulta válida la última afiliación efectuada dentro de los términos legales; esto es, la afiliación que se hizo inicialmente al ISS.

Si bien dentro de la historia laboral de Colpensiones adjunta al proceso no aparecen aportes efectuados durante su permanencia en dicho régimen, esto es, entre el 1° de enero al 31 de enero de 1997, lo cierto es que se encuentran válidamente afiliada a dicho fondo por parte del empleador Centro Médico Quirúrgico, siendo el mismo que aparece en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir, por lo que no es dable achacarle la responsabilidad a la demandante sobre el aportes de sus cotizaciones toda vez que esa es una responsabilidad que recae en el empleador. Así lo dijo la Corte suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en la sentencia antes referida SL8719-2014, en la que sobre el particular expresó:

Ahora bien, la administradora no puede trasladar al afiliado la responsabilidad por no haber efectuado el recaudo de los aportes, así no le hubiere informado su traslado al empleador, pues conforme al artículo 24 de la Ley 100 de 1993, ésa es su responsabilidad, así el empleador, como ocurre en este caso, no se encuentre en mora por haber efectuado el pago a un tercero, pues esta circunstancia no enerva la obligación que tenía la administradora de adelantar las gestiones necesarias para que el empleador le efectuara directamente los pagos y para que el ISS le hiciera el traslado de los que legalmente le correspondían.

*Tan no se encontraba cesante en el pago, que, según lo dispone el artículo 17 del Decreto 692 de 1994, **en el caso de la múltiple afiliación, como es el presente, «será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales. Las demás vinculaciones no son válidas y se procederá a transferir a la administradora cuya afiliación es válida, la totalidad de saldos, en la forma y plazos previstos por la Superintendencia Bancaria».***

Teniendo en cuenta lo anterior, es dable concluir que la demandante se encuentra afiliada al ISS hoy Colpensiones, toda vez que fue la última vinculación válida o legítima; por lo tanto, corresponde a la AFP Porvenir transferir la totalidad de los aportes efectuados por la afiliada a esa entidad. Además, deberá trasladar los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades; para ello sirve como sustento jurisprudencial, lo dicho en la sentencia CSJ SL5533-2019, que en un caso similar al que ocupa la atención de la Sala, dijo:

Así las cosas, esta Sala debe declarar que la demandante se encuentra afiliada al ISS, pues fue la última vinculación válida, y en esa medida, se debe ordenar a la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías que devuelva al régimen de prima media, la totalidad los aportes realizados por el afiliado a esa entidad, así como el monto de las cotizaciones correspondientes al periodo enero de 2004 a octubre de 2011 efectuadas inicialmente ante el ISS, pero remitidas erróneamente por éste Instituto a la referida administradora de fondo de pensiones del RAIS, como se aprecia en la historia laboral aportada a folios 29 a 31 del expediente. Además, deberá trasladar los rendimientos financieros y los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como se precisó en sentencia CSJ SL4360-2019

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA

En cuanto a la condena en costas a Porvenir S.A. en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas a la parte vencida en el proceso, luego al resultar dicha entidad vencida en juicio en tanto tiene que efectuar el traslado de las cotizaciones a Colpensiones, además de haber presentado oposición a las pretensiones de la demanda; lo cual conlleva a que deba ser condenada en costas.

PRESCRIPCIÓN

Respecto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, debe decirse que la misma no resulta procedente, teniendo en cuenta el nexo que existe entre la recuperación del régimen de prima media por invalidez de la afiliación y el derecho pensional; este último que es irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional.

COSTAS

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE los ordinales primero y segundo de la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, en su lugar se **DECLARA** inválida la afiliación efectuada por la señora ROCÍO ROBLEDO MARTÍNEZ al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., el 2 de febrero de 1997, acorde con los fundamentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: se **ORDENA** a la AFP Porvenir S.A. transferir la totalidad de los aportes efectuados por la señora ROCÍO ROBLEDO MARTÍNEZ a esa entidad, así como los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

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

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA EUGENIA NOVOA
FERNÁNDEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

La demandante pretende se declare la «*nulidad*» del traslado que realizó a Porvenir S.A. En consecuencia, solicitó se «*retrotraigan las cosas a su estado anterior*», que se reconozcan y paguen «*intereses por la demora injustificada en la autorización del traslado*»; asimismo, a Colpensiones a recibirla como afiliada, como si nunca se hubiera trasladado. Por último, solicitó que se acceda a la que resulte probado *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 20 de noviembre de 1967, que cotizó al Instituto de los Seguros Sociales a partir del 27 de agosto de 1985; que al Sistema General de Pensiones ha cotizado 1353 semanas y, que se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A. el **17 de abril de 1998**.

Refirió, que al momento del traslado, Porvenir S.A. no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, pues solo informó las ventajas del mismo; que en la simulación pensional

que realizó este fondo de pensiones el 19 de septiembre de 2017, le arrojó una mesada pensional por el valor de \$1.434.400 y \$ 1.164.900, si cotiza el total del tiempo y en caso de que no continúe aportando, respectivamente, mientras que, en Colpensiones obtendría una mesada pensional de \$8.462.878; que solicitó la nulidad de traslado ante Colpensiones el 13 de febrero de 2017, sin recibir respuesta (f.º 2 a 9).

II. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la fecha de traslado a Porvenir S.A., la simulación pensional que emitió el 19 de septiembre de 2017 y la solicitud de nulidad presentada. Negó no haber suministrado información completa de las ventajas y desventajas del traslado y no estuvo de acuerdo con la proyección de la mesada pensional que hizo, pues no cumple con las características para tenerse como un medio probatorio.

Aclaró, que no se puede sumar de manera deliberada las cotizaciones efectuadas en ambos regímenes y, que mediante oficio BZ 2017_1507615-0391918 dio respuesta a la solicitud de nulidad presentada.

En su defensa, propuso las excepciones de *«inexistencia de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica de cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o generica»* (f.º 40 a 51).

PORVENIR S.A. El Juzgado por medio del auto 19 de marzo de 2021 dio por no contestada en tiempo la demanda (f.º 126).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Tres Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 19 de mayo de 2021 (f.º 133 a 137, CD 3), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por la **AFP PORVENIR** y con esto a la afiliación realizada a la **Sra. MARÍA EUGENIA NOVOA FERNÁNDEZ**, identificada con cédula de ciudadanía N° **34.993.080**, frente al traslado realizado el 17 de abril de 1998.

SEGUNDO: DECLARAR que la **Sra. MARÍA EUGENIA NOVOA FERNÁNDEZ**, identificada con cédula de ciudadanía N° **34.993.080**, se encuentra efectivamente afiliada a la administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES -**.

TERCERO: ORDENAR a AFP PORVENIR, realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual la Sra. MARÍA EUGENIA NOVOA FERNÁNDEZ a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos, y cuotas de administración.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como reactivar la afiliación de la Sra. MARÍA EUGENIA NOVOA FERNÁNDEZ.

QUINTO: ORDENAR a AFP PORVENIR, a trasladar los dineros recibidos por cuotas de administración al RPMPD administrado por COLPENSIONES. Para esto se CONMINA a COLPENSIONES a efectos de realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas.

El *ad quo* indicó que, no era objeto de discusión que la demandante i) cotizó al Instituto de los Seguros Sociales a partir del 27 de agosto de 1985 (f.º13 a 14); y ii) que el **17 de abril de 1998** realizó el traslado a Porvenir S.A. (f.º11).

En tal perspectiva, señaló que el problema jurídico consistía en determinar si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A. es ineficaz, ante la falta al deber de información al momento del traslado.

Para el efecto, afirmó que la normatividad aplicable para la fecha del traslado de régimen pensional son los artículos 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y los artículos 10 y 12 de Ley 720 de 1994. En este sentido, dijo que los fondos privados de pensiones desde su creación tienen el deber de dar información con respecto a las características del sistema, las condiciones de acceso a las prestaciones y los efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, por lo que desestima, la alusión referente al deber de auto información del afiliado y la falta del ejercicio de su derecho de retracto, pues el deber de información es una obligación que los fondos de pensiones no pueden eludir.

Manifestó, que la carga de probar el cumplimiento del deber de información está a cargo de los fondos de pensiones. De ahí que, cuando analizó el formulario de afiliación concluyó que no puede tenerse como prueba del consentimiento, pues de los datos allí plasmados no se desprende el tipo de información que le fue suministrada, la misma suerte corre las pruebas documentales que se adjuntaron al proceso, pues de estas no se pudo inferir su cumplimiento.

Respecto a la confesión de la demandada en el interrogatorio de parte, sobre haber sido informada de algunas características del RAIS, señaló que al indagar sobre

la información que le fue suministrada, advirtió que, no se cumplió con el deber de información, pues no le fue informado cuál sería el monto de su mesada pensional y como estaba integrada la misma. Asimismo, manifestó que ser beneficiaria del régimen de transición no es un hecho que deba verificarse para determinar si el acto jurídico es eficaz o no.

Por otra parte, refirió que a pesar de que el despacho avala la tesis de los actos de relacionamiento en este caso no se configura, pues las cotizaciones permanentes y continuas solo hacen referencia a la relación jurídica de aportes y no a la de afiliación, de modo que, para que estos actos de relacionamiento tengan un impacto, es necesario que se den antes del periodo de restricción de los 10 años, de otro modo, la simple cotización de aportes no subsana el deber de información. En el presente caso, indicó que si bien, el fondo de pensiones le entregó a la demandante la simulación de la mesada pensional, lo hizo en el año 2016 cuando se había configurado la prohibición de traslado de régimen.

Adicionalmente, sostuvo que a pesar de que la motivación de la demandante sea el monto pensional, esto no deslegitima su pretensión, pues el motivo de su traslado fue precisamente que recibiría un monto pensional más alto en el RAIS y la simulación de la mesada pensional, solo le fue entregada en el año 2016, cuando no podía trasladarse de régimen.

Finalmente, sostuvo que la controversia en cuanto a la validez o no del acto jurídico de afiliación torna la discusión de este en irrenunciable y, por tal razón, queda atado a la imprescriptibilidad. Por lo anterior, concluyó que no acreditó el cumplimiento del deber de la información necesaria para que ese acto jurídico hubiese nacido con el deber de transparencia que se le exigía la normatividad desde su creación.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. interpone recurso de apelación y en sustento de la alzada, señala que cumplió con el deber de información exigido al momento de traslado de régimen, pues brindó información necesaria, veraz y suficiente, asimismo, indica que al momento del traslado no le era exigido documentar la información que brindada, pues solo bastaba con la firma del formulario de afiliación, como lo disponía el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, por lo que exigir el cumplimiento de obligaciones que no estaban vigentes al momento de la afiliación es un «*imposible jurídico*». Adicional, manifiesta que la demandante también tenía el deber de informarse de las condiciones

pensionales y que estas estaban reguladas en ley por lo que se presume que era de conocimiento público.

Con respecto al traslado de los gastos de administración y rendimientos expone que si lo que se pretende es aplicar las consecuencias de la ineficacia, no debería devolver los rendimientos, pues al no haber existido la cuenta de ahorro individual, tampoco se debieron generar rendimientos; que no debe retornarlos ya que es un mandato legal y cumplieron con su deber de administrar los recursos, además estos no hacen parte de la cotización que financia las prestaciones económicas y, finalmente, indica que Porvenir S.A. siempre actuó de buena fe, transparencia y rectitud de cara a la afiliación que realizó con la demandante en el año 1998.

COLPENSIONES solicitó que se revoque de manera parcial el fallo, para lo cual argumentó que no se puede determinar el perjuicio que le genera el traslado a la entidad pues no se tiene certeza si lo ahorrado alcance a cubrir la prestación económica. De igual manera, señaló que la inversión de la carga de la prueba solo opera cuando el afiliado al momento del traslado tiene una expectativa legítima o un derecho consolidado y este acto jurídico le genere un perjuicio, pues solo en estos casos «*especialísimos*» la Corte ha optado por esta figura.

Asimismo, consideró que la inversión de la carga de la prueba que realizó *el Ad quo* es desproporcionada, pues no puede operar con la simple manifestación de no recibir la debida asesoría, sin demostrar lo dicho, además que el fondo no se le exigía en la época del traslado constancia escrita de la asesoría brindada.

V. CONSIDERACIONES

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

En el presente asunto no es materia de discusión que: i) la demandante cotizó al Instituto de los Seguros Sociales a partir del 27 de agosto de 1985 (f.º 52 a 54); y ii) que la solicitud de traslado a Porvenir S.A se realizó el **17 de abril de 1998** (f.º 11).

Conforme a los antecedentes, corresponde a esta Sala de Decisión dilucidar los siguientes problemas jurídicos: i) determinar si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado

Porvenir S.A. es ineficaz por falta de información y ii) si en caso de declararse la ineficacia, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes, rendimientos, gastos de administración, las primas de seguro previsionales y lo destinado a la garantía de pensión mínima.

DEBER DE INFORMACIÓN

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

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

De modo que, el acto de traslado debe ir precedido de una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional cumplimiento que permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En este sentido, se ha indicado que no hay una manifestación libre y voluntaria cuando el afiliado desconoce la incidencia que tiene el traslado en sus derechos prestacionales, de ahí que, no pueda estimarse satisfecho este requisito con la simple expresión genérica que se plasman en los formularios de afiliación.

Asimismo, no desconoce esta Sala de Decisión que el deber de información con el pasar del tiempo se ha intensificado y con ello las obligaciones a cargo de las administradoras de pensiones, de ahí que del deber de información necesaria (1993-2009) se pasó al de asesoría y buen consejo (2009-2014) y, finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por

parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que desde un inicio ha existido (CSJ SL4062-2021).

CARGA PROBATORIA

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

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

TRASLADO SIN CONDICIONES ESPECIALES

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

CASO CONCRETO

Sea lo primero precisar, que tal como se desprende de los medios de convicción del proceso, la solicitud de vinculación ante el fondo de pensiones Porvenir S.A. se realizó el día **17 de abril de 1998** (f.º11), y se hizo efectiva el **1 de junio de 1998** (f.º86)

En efecto, el traslado de régimen pensional se hizo efectivo el **1 de junio de 1998** cuando el deber de información se encontraba en la primera etapa, en la cual debe

entregar información suficiente y transparente que le permita al afiliado elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajuste a sus intereses, de ahí que, Porvenir S.A. tenía el deber inexcusable de brindar a la afiliada información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculada, de modo que, no se le está imponiendo obligaciones no previstas en el ordenamiento jurídico como lo plantea el recurrente, pues esta obligación viene consignada en el numeral 1. ° del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Ahora bien, a pesar de que la demandante firmó el formulario de afiliación junto al texto pre-impreso denominado «*voluntad de afiliación*» no se puede concluir como lo asevera Porvenir S.A. que con este documento se cumpla con el deber de información, pues, como ya se indicó, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que la firma de este documento no es suficiente para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acredita un consentimiento, pero no informado (CSJ SL1949-2022 que reitera CSJ SL19447-2017).

Ahora bien, es importante precisar con respecto a lo manifestado por el *ad quo* sobre los actos de relacionamiento, que si bien, le asiste razón cuando afirma que las cotizaciones no pueden considerarse como ratificaciones de la voluntad de pertenecer a este régimen, el acto de traslado ineficaz no se convalida de ninguna manera, pues no se puede validar el desacato legal del deber de información con actuaciones posteriores porque dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, lo cual no puede sanearse.

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

Igualmente, debe hacerse claridad que a pesar de que el recurrente señala que no se puede declarar la ineficacia porque la demandante no es beneficiaria del régimen de transición ni tiene un derecho adquirido o próximo a causarse. Se itera, que el aspecto que se analiza es el cumplimiento del deber de información al momento de traslado, siendo indiferente el motivo que impulsa a la demandante ejercer la presente acción, pues resulta inane si la mesada pensional presenta una presunta diferencia en

su cuantía porque el punto de análisis es el cumplimiento del deber de información al momento de traslado que permita garantizar un consentimiento debidamente informado.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba retirarse del RPM al que se encontraba afiliada, carga probatoria que les correspondía. En consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y demás emolumentos ordenados devolver como consecuencia de la declaratoria de ineficacia, cabe reseñar que esta figura supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, con efectos *ex tunc* (desde siempre).

Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido que se disponga que los fondos de pensiones privados trasladen a Colpensiones los anteriores conceptos con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1467-2021 adoctrinó:

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

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

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

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

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

Cabe agregar que, por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones, las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022) entre muchas otras; como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado, sin que sea de recibo la sentencia referida por el a quo para negar el reconocimiento de los mismos, pues como bien lo mencionó se trató del estudio de una ineficacia de traslado respecto de un afiliado pensionado, lo cual no corresponde al presente asunto.

Por lo anterior, se hace necesario modificar el numeral tercero de la decisión de instancia, para adicionar la devolución del porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los cuales deben ir debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, toda vez que el a quo omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, pues como lo dispone la sentencia estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos se financiará las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, la devolución de **manera íntegra** a Colpensiones de todos los dineros aportados por la afiliada al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual.

PRESCRIPCIÓN

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

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

VI. COSTAS

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

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

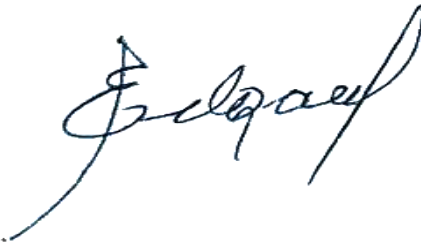
VII. RESUELVE

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



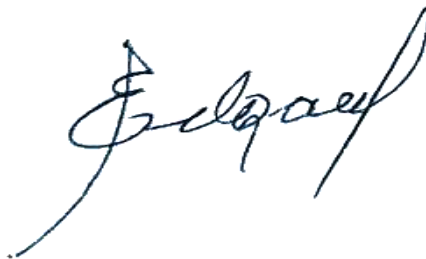
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

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



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

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

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CLAUDIA LUCIA COLLANTE BONET CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, PROCESO AL QUE SE VINCULÓ COMO LITIS CONSORCIO NECESARIO A LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:**ANTECEDENTES**

La señora **CLAUDIA LUCIA COLLANTE BONET**, demandó a Colpensiones, y a la AFP Colfondos, con el fin de que se **declare** la nulidad del contrato de administración de aportes pensionales, celebrado con Colfondos el 20 de diciembre de 2002, por incumplimiento de esa entidad al deber de información oportuna y completa; se declare su retorno al régimen de prima media (en adelante RPM); se ordene a Colfondos trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, rendimientos, demás sumas aportadas para financiar su pensión, y cualquier diferencia económica que surja para asegurar la financiación de su prestación en el RPM; se condene a Colfondos a las agencias en derecho; y ultra y extra petita.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 2-31), señaló en síntesis, que nació el 20 de febrero de 1965; que desde que inició su vida laboral se afilió al ISS, que el 20 de diciembre de 2002, se trasladó al régimen de ahorro individual (en adelante RAIS), mediante formulario de afiliación a la AFP Colfondos, entidad a la que

se encuentra aportando actualmente y de la que recibe los extractos, pero que dentro de la información que estos contienen no está el monto de la pensión que podría alcanzar al momento de retirarse, cuantas utilidades ha generado su capital, ni el número de semanas aportadas; que el 29 de noviembre de 2016, Protección le informó sobre el monto de su pensión de vejez, una vez cumpliera los requisitos establecidos en la Ley.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 55-67), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, solo aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, que estuvo afiliada al ISS, y que su traslado al RAIS se dio a través de Protección y no de Colfondos; frente a los demás, señaló que no le constaban por ser situaciones ajenas a esa entidad. Propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

La **AFP COLFONDOS S.A.** contestó (f.º 96-), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la vinculación de la accionante a Colfondos el 20 de diciembre de 2002, pero aclaró que el traslado al RAIS se efectuó a través de la AFP Protección; que actualmente está vinculada a esa entidad, que envió los extractos de su cuenta y que le realizó la proyección de su mesada pensional; frente a los demás, señaló que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos, y aclaró que el traslado que realizó la demandante a Colfondos es válido y produjo efectos jurídicos, porque en él confluyeron todos los elementos para su existencia y validez, en especial la manifestación de su voluntad, al tiempo que no había existido vicio en el consentimiento, ni se le ocultó información antes de la firma del formulario de afiliación.

En su defensa, propuso la excepción previa de falta de integración del contradictorio, la cual se declaró probada en audiencia celebrada el 16 de julio de 2019, y se ordenó vincular a la AFP Protección S.A. Como excepciones de mérito, formuló las de validez de la afiliación al RAIS con Colfondos, buena fe, inexistencia del vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la innominada o genérica.

La AFP **PROTECCIÓN S.A.**, contestó (f.º 147-154), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, solo aceptó la fecha de

nacimiento de la demandante; frente a los demás, refirió que no le constaban por corresponder a otra entidad y argumentó que no existen causales legales para declarar la nulidad o la ineficacia de la vinculación de la accionante al RAIS, porque no existió vicio en su consentimiento; que la demandante realizó su elección de régimen pensional de forma libre y voluntaria tal como lo dejó plasmado en el formulario de afiliación; que brindó una asesoría completa y comprensible al momento de la afiliación conforme la normatividad de la época, y a las exigencias de esa data, dentro de la cual le explicó la posibilidad que tenía de optar por una pensión a una edad anticipada, siempre y cuando contara con el capital suficiente que le permitiera financiar una pensión superior al 110% de 1 SMMLV, la figura de la garantía de pensión mínima de vejez, la posibilidad de tener excedentes de libre disposición, el factor herencial del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual a falta de beneficiarios de ley, entre otras ventajas, y también sobre las implicaciones que aparejaba su afiliación al RAIS y los aspectos diferenciadores respecto del RPM.

Propuso como excepciones de fondo, la de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 12 de abril 2021 (f.º 178 CD), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora CLAUDIA LUCIA COLLANTE BONET del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA PENSIONES COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y el posterior traslado efectuado entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora CLAUDIA LUCIA COLLANTE BONET como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor no por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de la garantía de la pensión mínima, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada PROTECCIÓN S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-

COLPENSIONES las sumas descontadas por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a dicha entidad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES tener como válidamente afiliada a la señora CLAUDIA LUCIA COLLANTE BONET al Régimen de Prima Media con prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes de la sociedad Colfondos S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas.

SEXTO: CONDENAR a la demandada AFP PROTECCIÓN S.A. en la suma de \$1'000.000 como agencias en derecho, en favor de la demandante. No condenar en costas a COLPENSIONES ni a la AFP COLFONDOS.

Fundamentó su decisión, en la abundante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, e hizo referencia a la sentencia CSJ SL688-2019, CSJ SL3464-2019, y CSJ SL4360-2019, en la que se reiteró que las sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia y no la nulidad del traslado, lo cual encontraba respaldo en el artículo 271, y 272 de la Ley 100 de 1993, 13 del CST, y 53 de la Constitución Política, advirtiendo que no era necesario probar un vicio en el consentimiento.

Respecto de la carga de la prueba, indicó que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello correspondía a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, por lo que debía invertirse la carga probatoria correspondiendo a la AFP privada acreditar que suministró la asesoría en forma correcta.

Señaló, que las administradoras de fondos de pensiones debían suministrar al futuro afiliado al momento del traslado una información clara, cierta, comprensible y oportuna, no siendo suficiente la simple suscripción del formulario de afiliación, pues las AFP desde su creación y hasta el año 2009 tenían la obligación de ilustrar acerca de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional.

Estableció que el traslado entre AFPs no tiene la virtualidad de subsanar el incumplimiento al deber de información en el que incurrió la AFP inicial al momento del traslado del RPM al RAIS.

Finalmente, explicó que la actora estuvo afiliada al ISS hasta el 31 de enero de 1999, y que el 1° de marzo de 1999, se trasladó al RAIS con la AFP Protección,

realizando un traslado entre AFPs el 20 de diciembre de 2002 a Colfondos. Agregó que en el expediente no obra prueba que demostrara que Protección hubiese cumplido con ese deber en los términos descritos, por lo que, declararía la ineficacia del traslado de régimen pensional, y en consecuencia el traslado horizontal realizado con posterioridad también lo estaba.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que la demandante guardó silencio durante mucho tiempo, lo que implicaba un incumplimiento a sus deberes como consumidor financiero, pues debía informarse por su cuenta sobre los negocio jurídicos por ella celebrados; que Colpensiones no se puede ver afectada ante un negocio jurídico en que no tuvo injerencia, además que había sido potestativo de la demandante elegir el fondo al cual quería pertenecer, sumado a que tenía la posibilidad de retornar al RPM no obstante nunca lo hizo; que para la fecha del traslado de la actora no le era exigible a las AFP realizar asesorías en el nivel exigido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia; que recibir a la actora en el RPM afectaría la sostenibilidad financiera del sistema.

La **AFP Colfondos S.A.**, interpuso recurso de apelación de manera parcial contra la sentencia respecto de la condena a devolver los gastos de administración durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a esa AFP, pues considera que conforme las restituciones mutuas la obligación de Protección es devolver lo que se encuentre en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, máxime que si se hacían los cálculos de los rendimientos de ese capital en el RAIS, este sería muy superior a lo que se hubiese generado en el RPM, generándose un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones y el régimen de financiación del mismo.

La **AFP Protección S.A.**, interpuso recurso de apelación de forma parcial solo en lo que tiene que ver con la condena a devolver lo descontado por gastos de administración, teniendo en cuenta que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, autorizaba a los fondos privados a descontar un 3% para *«financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes»*, descuento que se hace también en el RPM.

Expresó, que los rendimientos junto con los aportes de la actora fueron trasladados a otro fondo privado, advirtiendo que la gestión por ellos realizada se hizo de la mejor manera posible, teniendo derecho a conservar esa comisión como

restitución mutua a su favor. Agregó que trasladarlos a Colpensiones constituiría un enriquecimiento sin causa en favor de esa entidad y de la misma demandante, porque eran dineros que no financiaban la pensión.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Protección, Colfondos, y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, de conformidad con el artículo 69 CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión que: *i)* la señora CLAUDIA LUCIA COLLANTE BONET se afilió al ISS donde aportó desde el 26 de julio de 1994 hasta el 31 de enero de 1999 la suma de 200,86 (f.º 68-73); *ii)* que el **1º de marzo de 1999** se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Protección S.A. (f.º 155); y *iii)* que el 20 de diciembre de 2002 se vinculó a Colfondos (f.º 103-104), AFP en la que se encuentra actualmente.

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

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

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

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP

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

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

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

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

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

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo

con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

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

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Protección suscrito el 1° de marzo de 1999, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado» (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En lo que respecta a las devoluciones ordenadas por la *A quo*, y frente a las cuales tanto Protección como Colfondos presentaron recursos de apelación, advierte la Sala que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 autorizó a las AFP a descontar un 0.5% para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS y el 3% para «financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes», no obstante, la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que la afiliación al RAIS nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre).

Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, lo aportado al Fondo de Garantía de

Pensión Mínima del RAIS, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocrinó:

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

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, **debidamente indexados** y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

Por lo tanto, se hace necesario Adicionar la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar a la AFP PROTECCIÓN S.A. y a COLFONDOS el traslado a

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

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

PRESCRIPCIÓN

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

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

COSTAS

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, a **trasladar** a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación de la demandante CLAUDIA LUCIA COLLANTE BONET, esto es, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora, esto es, entre el 1 de marzo de 1999 y el 31 de enero de 2003. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



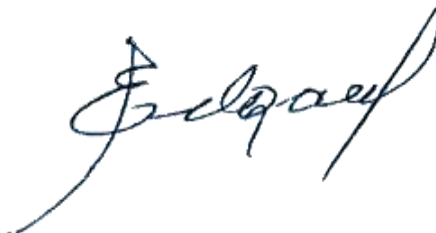
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Protección S.A., Colfondos y Colpensiones, la suma de \$1.000.000 cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE DANIEL JOSÉ RIVERO PÉREZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **DANIEL JOSÉ RIVERO PÉREZ**, se **declare** la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada por la AFP Porvenir S.A., con efectividad del 3 de noviembre de 1995, ante la omisión de ese fondo del deber de informar con prudencia y pericia; y de manera completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las implicaciones que tenía el cambio de régimen de pensiones, y en general sobre las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los riegos, beneficios y ventajas. En consecuencia, se **condene** a la AFP Porvenir S.A. a restituir a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de su vinculación, como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado, así como cualquier concepto por el que la AFP Porvenir hubiere recibido ingresos, como cuotas de administración, entre otros; se **condene** a Colpensiones a recibirlo como afiliado, así como a recibir los valores obtenidos mientras estuvo vinculado al RAIS y a contabilizar para efectos de la pensión, las semanas cotizadas en el RAIS, se **condene** a Porvenir al pago de los perjuicios morales ocasionados debido a la omisión de información importante al momento del

traslado pensional; a todo concepto que se pruebe en el proceso ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho (f°7-8).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.° 4-7) señaló en síntesis, que nació el 8 de abril de 1963; que estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy en día por Colpensiones hasta el 3 de noviembre de 1995; que estando afiliado al régimen de prima media, sin que mediara autorización o consentimiento informado, el 3 de noviembre de 1995 fue trasladado a la AFP Porvenir S.A.

Mencionó, que al momento de su traslado al RAIS no fue asesorado de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, suficiente y cierta, respecto de diferencias entre uno u otro régimen de pensiones, tampoco se le informó sobre las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los beneficios, riegos, desventajas e inconvenientes de este régimen, y en general las implicaciones sobre sus derechos pensionales.

Añadió, que la AFP demandada tampoco le informó cuánto debía ser el capital que debía acumular en cuenta de ahorro individual para poder llegar a adquirir el derecho a una pensión y con qué monto; igualmente tampoco le dijo que no todo el aporte mensual que hiciera iría a su cuenta individual y que parte de éste se destinaría al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez, tampoco le dijo sobre el derecho de retracto, ni en qué consistía; entre otros aspectos.

Sostuvo, que el 7 de noviembre de 2019, solicitó ante la AFP Porvenir y Colpensiones el traslado de régimen; en cuanto a Porvenir no dio respuesta y por su parte Colpensiones contestó que no era factible la anulación de la afiliación, por cuanto el traslado se había efectuado ejerciendo su derecho a libre elección del régimen, de conformidad con lo establecido en el literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.° 110-119), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó fecha de nacimiento del demandante, tiempo en que estuvo afiliada al régimen de prima media, solicitud prestada ante la entidad y respuesta, en cuanto a lo demás hechos, dijo no constarle. Propuso como excepciones de mérito, las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en

casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, 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 e innominada o genérica.

En cuanto a la **AFP PORVENIR S.A.**, mediante auto del 25 de mayo de 2021, se tuvo por no contestada la demanda, al haber sido notificada en debida forma; sin embargo, no presentó escrito de contestación.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 19 de julio de 2021 (CD f.º 124), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del demandante **DANIEL JOSÉ PÉREZ** del régimen de prima media con prestación definida, administrado por el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** hoy **COLPENSIONES**, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **PORVENIR S.A.**, todo de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la **AFP PORVENIR** a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del demandante **DANIEL JOSÉ PÉREZ** por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias, en el evento de haberlas realizado, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, con todos los rendimientos financieros e intereses causados, sin descuento alguno, conforme a la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** aceptar el traslado de los dineros que efectúe **PORVENIR S.A.**, para que proceda a activar la afiliación del demandante **DANIEL JOSÉ PÉREZ**, como si nunca se hubiese trasladado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo actualice la información de la historia laboral de la demandante en semanas de tiempo cotizado.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción propuesta por la demandada **COLPENSIONES**, conforme lo considerado en la parte motiva.

[...]

Para fundamentar su decisión, hizo relación el caudal probatorio que se allegó al expediente, sosteniendo que no se aportó el formulario de afiliación; que la parte demandada se había limitado a informar sobre las bondades del régimen de ahorro individual con solidaridad olvidando que la información debía ser completa, veraz, oportuna, comparada y transparente sobre las características de los dos regímenes pensionales, no promocionando única y exclusivamente su producto de donde se deduce

que esa información no cumplió con lo consagrado en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, que exige textualmente las obligaciones de los promotores que emplee la sociedad administradora general de pensiones; no encontrando dentro del expediente medio de prueba con la cual se pudiera verificar la información que se le brindó al momento de la afiliación al demandante; además pese al largo tiempo que estuvo afiliado el demandante tampoco se le brindó ninguna información.

Trajo a colación la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia relacionada con la carga de la prueba en cabeza de las administradoras de pensiones, también en cuanto a que la sola firma libre del formulario no es suficiente para el cumplimiento del deber de información, así mismo hizo relación a la sentencia SU 027-2021 de la Corte Constitucional, para hacer relación al precedente judicial. Concluyendo que no se allegó prueba que demostrará que para el momento del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad se le hubiese brindado esa información completa veraz, oportuna, objetiva, comparada y transparente acerca de los dos regímenes pensionales; por lo cual había lugar a declarar la ineficacia del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP Porvenir** interpuso recurso de apelación, en el que señaló que no le asiste razón al fallador de primera instancia en declarar la ineficacia del traslado por supuesta falta de información, cuando no le era obligatorio a la entidad brindar la misma a través de documentos que lo soportaran; por el contrario, la afiliación del demandante se surtió conforme a lo previsto con el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, que exigía brindar una información clara, objetiva, completa y realizando un paralelismo entre los dos regímenes, solo que esa información se debía darse era de manera verbal, razón por lo cual para esa fecha no existía documento distinto al formulario de afiliación que probaba la afiliación.

Por otro lado, indicó que debe tenerse en cuenta el actuar del demandante dentro del régimen de ahorro individual, así como su decisión libre, voluntaria e informada que además se ratificó en el tiempo, por lo que no puede deducir que se haya faltado al deber de la información por no haber aportado documentos, toda vez que esa obligación nace es a partir de la Ley 1748 del 2014, debiéndose tener en cuenta que la entidad actuó en todo momento con buena fe.

En cuanto a la devolución de los gastos de administración, refirió que de acuerdo con el inciso segundo del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el régimen de

prima media se destina un 3% de la cotización a financiar los gastos de administración de la pensión de invalidez y la pensión de sobrevivientes, dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos a la prescripción, además la Superintendencia Financiera de Colombia mediante concepto emitido el 15 de enero de 2020, de manera expresa manifestó que en los eventos en los que surgiera una en eficacia del traslado, cosa que ocurre en el presente caso, los únicos dineros a retornar con destinos hacia Colpensiones serían los aportes o rendimientos de la cuota individual del afiliado, sin que proceda la devolución de los gastos de administración de la prima de seguro provisional, ni cualquier otro dinero distinto a los ya mencionados, como lo son las cotizaciones junto con sus rendimientos.

De igual manera, debía tenerse en cuenta que esos gastos que deben retronarse a Colpensiones, configuran un enriquecimiento ilícito en la medida que no existe una norma que de manera expresa disponga tal devolución; por el contrario, que el artículo 103 de la Ley 100 de 1993, establece que en los eventos en los que hay un cambio de régimen los únicos dineros que se deben trasladar son el saldo de la cuenta individual incluidos los rendimientos estos son las cotizaciones, con los rendimientos lo que se evidencia es que estos gastos de administración no están destinados a financiar la prestación del afiliado y, por ende, no pertenecen a ellos sino el fondo privado como contraprestación por la excelente gestión qué adelanto para incrementar el capital existente en la cuenta individual del afiliado.

Finalmente, arguyó que debe declararse la prescripción respecto a la evolución de los gastos de administración, primas de seguro o cualquier otra suma de dinero diferente al capital de la cuenta individual del afiliado o los rendimientos financieros por cuánto no le corresponden a valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los dos regímenes pensionales y por cuánto no están llamados a financiar la pensión de vejez; por lo tanto, no se puede predicar la imprescriptibilidad de estos gastos de administración característica que sí goza el derecho pensional.

Colpensiones también interpuso recurso de apelación argumentando que el Juez de primera instancia en su decisión no tuvo en cuenta el principio de congruencia interna y externa, por cuanto hizo alusión sobre la sentencia SU 027-2021, la cual es irrelevante para el caso en concreto, pues esta hace referencia a un derecho adquirido, mientras que en el presente caso no se está hablando de ningún tipo de expectativa, ni de derecho consolidado, tampoco de ningún tipo de convención colectiva, aquí se trata de un criterio jurisprudencial en torno a la Constitución bajo un Estado Social de derecho se ha mantenido incólume y no existe poder alguno que lo haya desligado de la misma, incluso

se tiene en contravía un principio normativo como es la pirámide de Kelsen, sobre el cual se hace un énfasis, teniendo en cuenta que el despacho hace una manifestación sobre el precedente jurisprudencial en este caso, pero esté es un caso que se puede hablar de una consolidación del derecho a la seguridad social artículo 48 de la Constitución Política.

Agregó, que debe revisarse la demanda, la contestación y el interrogatorio, aduciendo que no era solamente revisar una parte, sino que debía verificarse todo en conjunto, sin que sea factible señalar en la demanda que nunca se le brindó una asesoría, pero al hacerse el interrogatorio de parte hizo énfasis en 6 oportunidades de no recordar; que en este caso no se está hablando únicamente de la seguridad social, sino también del debido proceso, la defensa técnica, la buena fe, incluso el mismo principio de sostenibilidad financiera; por lo tanto, solicitó que se haga un estudio juicioso en donde se comprenda ese principio de sostenibilidad financiera, en qué consiste, por cuanto no es simplemente devolver el capital, eso va más allá y tiene una serie de repercusiones que ya la Corte ha dilucidado en mínimo 6 sentencias, la última del año 2020.

Por último, manifestó inconformidad en relación a la condena en costas y agencias en derecho en la que se sustentó por el hecho de que Colpensiones presentó oposición, por lo cual solicita entonces se le imponga la obligación a Colpensiones a no obedecer un criterio legal cómo se hace, debiéndose tener en cuenta que existe un deber o justificación legal, sin que se pueda imponer condiciones y obligaciones imperativas a las partes, no se puede imponer consecuencias por el cumplimiento de un deber legal.

CONSIDERACIONES

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

PROBLEMA JURÍDICO

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

En el presente asunto no es materia de discusión que: *i)* el señor DANIEL JOSÉ RIVERO PÉREZ se afilió al ISS donde aportó desde el 19 de marzo de 1992 hasta el 30 de noviembre de 1995, un total de 127,29 semanas de cotización (f.º 76); y *ii)* que el **14 de febrero del 2000**, se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., como consta del desprendible RUAF (f.º 82), entidad en la cual se encuentra actualmente.

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

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

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

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

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear

consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

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

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

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**14 de febrero del 2000**-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Porvenir S.A. que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto

es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

No encontrando la Sala que la entidad accionada hubiese aportado el formulario de afiliación a fin de poderse determinar cuáles fueron las condiciones pactadas al momento del traslado, de manera que no existe prueba alguna que establezca si dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ella le correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); sin que el hecho de que el actor al momento del interrogatorio de parte manifestará que no recordaba alguno de los aspectos que le fueron informados al momento del traslado, de entender que en efecto se cumplió con ese deber, pues vuelve y se recalca, dicha carga procesal recaía en la entidad y no en el demandante; en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**.

De otro lado, en lo que respecta a la sentencia a la que hizo alusión el *a quo*, esto es, la sentencia SU 027-2021, para referirse al desconocimiento del precedente judicial y frente a la cual considera la parte demandada que no tiene relevancia en el presente asunto, argumento que no comparte de esta Sala decisión; toda vez que en lo que tiene que ver con el precedente judicial y la jurisprudencia como criterio auxiliar la Corte Constitucional en sentencia C-539-2011, establece que la actividad judicial también está sujeta a la jurisprudencia, señalando:

*Una interpretación adecuada del imperio de la ley a que se refiere el artículo 230 constitucional, significa para la jurisprudencia constitucional que la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos como referida a la aplicación de la legislación en sentido formal, **sino que debe entenderse referida a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico.*** (subrayado fuera del texto original).

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al analizar la jurisprudencia como criterio auxiliar sostuvo que el sometimiento al imperio de la Ley (artículo 230 de la Carta), no les impone una camisa de fuerza que les impida acudir a la jurisprudencia mediante la cual la interpretan o a la doctrina probable ni a los principios de derecho, para descubrir el genuino sentido de la misma, refiriendo en la sentencia SL5123-2020, lo siguiente:

Por ejemplo, esta Sala, en sentencia CSJ SL, de 7 de jul. 2009, rad. 36821, enseñó:

Que los jueces en sus providencias estén sometidos al imperio de la ley no impide que la interpreten para desentrañar su sentido, ni, en tratándose de normas laborales, que le asignen el entendimiento que mejor se acomode a la búsqueda de la equidad y de la justicia en las relaciones laborales.

De otra parte, en fallo C 284-2015, en el que la Corte Constitucional resolvió sobre la inconstitucionalidad del artículo 4º de la Ley 153 de 1887, dijo:

[...] la doctrina probable y el precedente judicial son dos vías distintas para darle fortaleza a la decisión judicial y con ello contribuir a la seguridad jurídica y al respeto por el principio de igualdad. Encontró que mientras la doctrina probable establece una regla de interpretación de las normas vigentes, que afecta la parte considerativa de la decisión judicial, el precedente judicial establece reglas sobre la aplicación de las normas en casos precisos, afecta por lo tanto aquellos casos cuyos hechos se subsuman en la hipótesis y están dirigidos a la parte resolutive de la decisión. La Corte reconoció que la utilización de estas fórmulas, lejos de atentar contra el artículo 230 de la constitución vienen a reforzar el sistema jurídico nacional y son perfectamente compatibles con la jerarquización de las fuentes que establece el postulado constitucional, puesto que la jurisprudencia no crea normas, sino que establece las fórmulas en que el juez, tanto en la parte considerativa como en la parte resolutive, debe llevar la normatividad a los casos concretos.

Igualmente, en la sentencia CC C621-2015, al resolver la exequibilidad del artículo 7º del Código General del Proceso, precisó:

3.9.1.1. Por una parte, ha quedado suficientemente claro que la posición de la Corte Constitucional respecto del valor vinculante de la jurisprudencia de las Altas Cortes tanto a nivel vertical como horizontal es que ello resulta plenamente compatible con el enunciado del Art. 230 constitucional, pues lejos de contradecir su sentido material, fortalece el concepto de orden normativo sistemático e integral y protege los principios de seguridad jurídica e igualdad ante la Ley.

3.9.1.2. Las sub reglas decantadas sobre el valor de la jurisprudencia de las Altas Cortes, tanto en la figura de la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia, como en general, sobre la aplicación del precedente vertical y horizontal en los casos con hechos similares, son claras en aceptar que la jurisprudencia es una herramienta útil para lograr la coherencia del sistema jurídico nacional, perseguir el cumplimiento del principio de igualdad, y lograr la eficiencia del sistema judicial.

De suerte que, cuando el *a quo* se amparó en la línea jurisprudencial que ha tenido la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral referente a la ineficacia del traslado, se ajustó a la doctrina probable elaborada por dicha Corporación, sin que ello implique que esté pasando por alto los aspectos legales que regulan los requisitos de traslado del régimen, de lo contrario, se acude a la misma, por cuanto ha hecho estudio juicioso desde hace varios años sobre la interpretación de dicha norma, estableciendo que existen casos excepcionales en los cuales puede surgir el traslado de régimen ante la falta de información por parte de los fondos de pensiones anteriormente estudiada.

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

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

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

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

Por tanto, se hace necesario, adicionar el ordinal segundo de la decisión de instancia en el sentido de ordenar a la AFP Porvenir el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de ella, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta del demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, como lo advierte el recurrente, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de

no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

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

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA

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

COSTAS

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

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

RESUELVE:

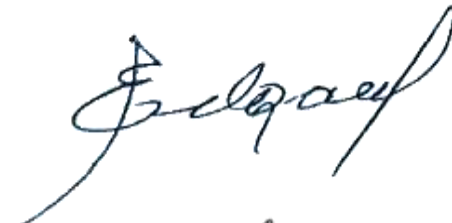
PRIMERO: ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia proferida por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, durante la permanencia de la demandante en ésta, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



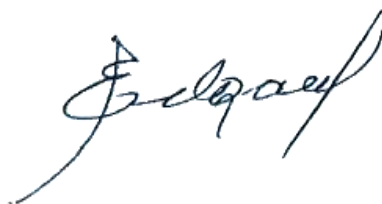
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

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



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

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

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE NUBIA VICTORIA PALACIOS BELLÓN
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y AFP PROTECCIÓN S.A.**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **NUBIA VICTORIA PALACIOS BELLÓN**, se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS efectuada por las AFPs Porvenir y Protección S.A. los días 31 de octubre de 1994, 19 de abril de 1996 y 9 de julio de 1998. En consecuencia, se condene a la AFP Protección S.A. a girar a Colpensiones todos los aportes y rendimientos de su cuenta de ahorro individual; así mismo, se condene a Colpensiones aceptarla en el régimen de prima media, al pago de costas y agencias en derecho, y a las condenas ultra y extra petita (Exp. Digital- cuaderno 01).

Como hechos fundamento de las pretensiones (Exp. Digital- cuaderno 01), señaló en síntesis, que cotizó en el régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy Colpensiones entre el 26 de mayo de 1986, al 4 de diciembre de 1995, acumulando un total de 330 semanas; que a finales de 1994, suscribió formulario de afiliación con Horizonte Pensiones y Cesantías, sin su consentimiento expreso, pues su firma fue falsificada.

Manifestó, que nació el 29 de marzo de 1966; que en el mes de febrero de 1996, inicio a laborar con la empresa Credifenalco, la cual sin su consentimiento efectuó aportes para pensión a la AFP Davivir; que 9 de julio de 1998, suscribió formulario de afiliación con la AFP Horizonte bajo el argumento de que era obligatorio para ingresar a laborar al Banco Uconal.

Sostuvo, que las anteriores AFPs le señalaron que varias entidades del Estado se estaban acabando entre esas el ISS, por lo que resultaba riesgoso seguir ahí, y era mejor estar en el fondo privado ya que le ofrecía mayor rentabilidad y contaba con el respaldo financiero de otras entidades, omitiendo brindar información de manera clara y precisa, sobre las incidencias o consecuencias del cambio al RAIS.

Precisó, que reside en la ciudad de Tunja, pero aun así el formulario suscrito el 9 de julio de 1998, por la AFP Horizonte señala que se suscribió en la ciudad de Bogotá, evidenciándose el mal diligenciamiento de dicho formulario, igualmente se observó que la radicación del formulario tiene fecha del 7 de julio de 1998, advirtiéndose una inconsistencia entre la suscripción y la radicación.

Acotó, que teniendo en cuenta las anteriores inconsistencias el día 26 de marzo de 2018, solicitó a la AFP Porvenir S.A. se invalidara la firma del formulario No. 67579 toda vez que la firma que reposaba en el mismo no correspondía a la suya; que dicha entidad mediante oficio del 13 de abril de 2018, declaró *«irregularidad por falsificación de firma del afiliado»*, procediendo a trasladar a la AFP Protección los valores consignados en su cuenta de ahorro individual; que una vez fue trasladada a dicho fondo, procedió a solicitarle copia del formulario de afiliación sin que le hubiere entregado.

Finalmente, refirió que cuenta con 1,344 semanas de cotizadas en el sistema general de pensiones; que radicó derecho de petición ante Colpensiones solicitando la ineficacia del traslado, entidad que no dio respuesta.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (Exp. Digital- cuaderno 01-Pág. 64-90), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó las cotizaciones efectuadas por la demandante a dicho régimen; en relación a los demás, dijo no constarle. Propuso como excepciones de fondo, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la

nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria e innominada o genérica.

PROTECCIÓN S.A. contestó (Exp. Digital- cuaderno 01- Pág. 111), también oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó el traslado que se efectuó a dicha entidad por parte de Porvenir S.A.; en relación a los demás dijo no constarle. Propuso como excepciones de fondo, afiliación libre y espontánea de la demandante e inexistencia de causal de ineficacia, error de derecho no vicia el consentimiento, prescripción de la acción para solicitar la declaratoria por supuesto vicio del consentimiento por error.

PORVENIR S.A. contestó (Exp. Digital- cuaderno 01- Pág. 155), también oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, señaló no constarle los numerales 1, 3, 11, 12, 15 a 18, y no ser ciertos los demás. Propuso como excepciones de fondo, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 18 de marzo de 2021 (Exp. Digital), resolvió:

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

- La señora **NUBIA VICTORIA PALACIOS BELLÓN** con AFP **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A** en formulario No. 254526 de octubre de 1994.
- La señora **NUBIA VICTORIA PALACIOS BELLÓN** con AFP **DAVIVIR** hoy **PROTECCIÓN** de fecha 15 de septiembre de 1995, en formulario No. 254526
- La señora **NUBIA VICTORIA PALACIOS BELLÓN** con la AFP **PORVENIR** de fecha 09 DE JULIO DE 1998, en formulario No. 625834

SEGUNDO: ORDENAR a **PROTECCIÓN S.A.**, a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora **NUBIA VICTORIA PALACIOS BELLÓN**, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por **COLPENSIONES**.

TERCERO: ORDENAR a **PORVENIR S.A.** Y **PROTECCIÓN S.A.** a devolver todos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales de la demandante, valores que debe ser reintegrados y devueltos a **COLPENSIONES** debidamente indexados, a título de actualización monetaria.

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

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

SEXTO: Se condena en costa al fondo demandado y a favor de la demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de la demandada PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A., no hay lugar a condena en costas contra Colpensiones.

SÉPTIMO: REMÍTASE EN CONSULTA.

Fundamentó su decisión, en que el presente asunto no se trata de un asunto de inejecución del traslado por ausencia de información, sino que el problema jurídico consistía en la reactivación de la afiliación de la actora al régimen de prima media administrado por Colpensiones, por cuanto nunca se trasladó de régimen pensional. Lo anterior, teniendo en cuenta que el formulario suscrito con el fondo privado Horizonte hoy Porvenir S.A. No. 216307 del 31 de octubre de 1994 y el formulario No. 625834 del 29 de julio de 1998, con la misma AFP, fueron diligenciados y firmados sin su consentimiento; con datos incorrectos y falsificación de su firma, aspecto que fue reconocido por la entidad, al darse cuenta a través de un perito, procediendo a trasladar las cotizaciones a Protección S.A.

Refirió, que en sentencias de tutela emitida por el Tribunal Superior De Bogotá Sala Laboral se concluyó en su caso muy similar que en aplicación al literal e) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y el artículo 271 de la ley 100 de 1993, ese tipo de falsificaciones afectan el derecho del trabajador de escogencia del régimen pensional dejando sin efecto ese tipo de trámite generando la inejecución, lo cual se configura por la negligencia por parte de Porvenir, por cuanto la demandante en ningún momento aparece que hubiere elegido de manera libre y voluntaria su afiliación, de manera que una vez Porvenir se dio cuenta de la falsificación de los formularios debió trasladar los aportes al RPM donde originalmente se encontraba afiliada.

RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones interpuso recurso señalando que la demandante no reunía los requisitos para regresar al régimen de prima media por no estar cobijada por el régimen de transición; además de no solicitó el traslado antes de los 10 años para cumplir los requisitos para su pensión; de igualmente manera debe tenerse en cuenta que si existió alguna nulidad o afectación de la misma quedó saneada conforme lo dispone el artículo 1752 del Código Civil, en donde se señala que la ratificación expresa o tácita puede sanear cualquier vicio del contrato, en el presente asunto la demandante saneó la nulidad con la ratificación expresa al ejecutar de manera voluntaria esos contratos de afiliación; trajo a colación una sentencia emitida por el Tribunal Superior De Bogotá del 30 de julio

de 2020, del magistrado David Correa donde manifiesta que no es viable que los afiliados pretenda una nulidad o ineficacia después de que observaron que la pensión no estarían acordes a sus aspiraciones económicas, por ende deben acogerse al sistema que optó.

De otro lado, señaló que debe hacerse un estudio a fondo sobre el principio de la descapitalización del sistema en donde se ha dicho por parte de la Corte Constitucional que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados por Colpensiones por cuanto el régimen de prima media se descapitalizaría y pondría en peligro los derechos de los demás afiliados.

Protección S.A. también interpuso recurso manifestando su inconformidad respecto del numeral 3 de la decisión, teniendo en cuenta que existe contradicción al disponer devolver por parte de la entidad los saldos de los ahorros de la cuenta individual junto con los rendimientos, pero adicionalmente cualquier otro descuento que se haya realizado a la cuenta que tenía la demandante, lo anterior teniéndose en cuenta que al haberse aplicado el artículo 1746 del Código Civil y al haberse retrotraído todo a su estado original con ocasión a un hecho imputable no por parte de la entidad sino a otro fondo de pensiones, se cumple con la obligación de restituciones mutuas de conformidad con la Ley 100 de 1993, de manera que aceptarse una interpretación distinta sería un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante por cuanto se lucro de los rendimientos que ha tenido su ahorro individual por más de 20 años.

Porvenir S.A. igualmente interpuso recurso, indicando que, si bien se dejó sin efecto los traslados realizados en los años 1994 y 1998, no se podía deducir que lo mismo sucedió en el traslado que se efectuó en el año 1996 hacía la AFP Protección, teniéndose en cuenta que se tomó como válida dicha afiliación, toda vez que se suscribe de manera voluntaria dicho formulario. También arguye, que no es válido que sea condenada al pago de gastos de administración como quiera que en el régimen de prima media también se destina un porcentaje del 3% para financiar los gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivientes, son gastos que no forman parte de la pensión de vejez y por ello están sujetos al fenómeno de la prescripción.

Adicionalmente, dijo que la Superintendencia Financiera mediante concepto emitido el 17 enero de 2020, indicó de forma expresa que en casos de que existiera una ineficacia de traslado los únicos dineros a trasladar son las cotizaciones y rendimientos que se generaron, por lo que ordenar el traslado de estos dineros a Colpensiones genera un enriquecimiento sin justa causa.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver los recursos de apelación presentados por Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones; y en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, en lo no apelado, de conformidad con el artículo 69 CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Preliminarmente, debe la Sala precisar que si bien Porvenir S.A. anuló las afiliaciones que se surtieron los días 31 de octubre de 2014 y 9 de julio de 1998 con dicha entidad por «*irregularidad por falsificación de firma afiliado*», como bien reposa en el expediente y lo puso de presente el operador judicial de primera instancia, lo cierto es que de acuerdo al proceso de validación de la afiliación que se efectuó el 26 de febrero de 2021, por parte de todas las administradoras de fondos de pensiones que hacen parte del presente proceso de acuerdo a la solicitud de oficio que hizo el *a quo*, se determinó que la afiliación válida ante la RAIS había sido la suscrita el **19 de abril de 1996**, con la AFP Davivir hoy Protección S.A., de la cual valga la pena resaltar la parte actora no manifestó que la misma también hubiese estado afectada por falsificación; incluso, es en dicha entidad donde actualmente reposa sus aportes y donde se encuentra afiliada actualmente, de manera que el asunto debió abordarse respecto del deber de información por parte de Protección S.A. al momento del traslado de la demandante a dicha entidad y no respecto de las demás afiliaciones que ya fueron anuladas por la propia entidad, de suerte que sobre ellas el Juez no se debió pronunciar.

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

En el presente asunto no es materia de discusión que: *i*) la señora NUBIA VICTORIA PALACIOS BELLÓN se afilió al ISS donde aportó desde el 26 de mayo de 1986 al 31 de octubre de 1994, para un total de 330,14 semanas de cotización (Exp. Digital cuaderno 01); *ii*) que el 31 de octubre de 1994 se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Horizonte hoy Porvenir S.A. (Exp. Digital-cuaderno 01); *iii*) posteriormente se trasladó a Davivir hoy Protección S.A. el **19 de abril de 1996**; *iv*) nuevamente se trasladó a Horizonte el 9 de julio de 1998 (Exp. Digital-

cuaderno 01); v) que mediante oficio del 13 de abril de 2018, se dio a conocer el informe grafológico solicitado por la demandante dicha entidad determinándose «*irregularidad por falsificación de firma afiliado*»; y vi) que teniendo en cuenta lo anterior, Porvenir S.A. anuló las afiliaciones que surtieron en dicho fondo los días 31 de octubre de 1994 y 9 de julio de 1998, procediendo a trasladar los saldos de la cuenta de ahorro individual de la demandante el 27 de junio de 2018, a Protección S.A.

INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**19 de abril de 1996**–, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «libre y voluntariamente» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

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

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

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Davivir hoy Protección suscrito el **19 de abril de 1996**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

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

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

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

Conforme a los argumentos expuestos, se revocará parcialmente el numeral primero de la sentencia recurrida, para en su lugar, DECLARAR la ineficacia del traslado que hiciera la señora NUBIA VICTORIA PALACIOS BELLÓN a la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., por omisión del deber de información, el cual se llevó a cabo el 19 de abril de 1996, mediante formulario No. 393655.

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

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

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

2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

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

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel en su totalidad, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

Por tanto, se hace necesario, adicionar el ordinal tercero en el sentido de ordenar a las AFPS Protección y Porvenir, el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquellas, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el a quo omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

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

PRESCRIPCIÓN

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

COSTAS

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal primero de la sentencia proferida por el Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá D.C.; en su lugar, se **DECLARA** la ineficacia del traslado que hiciera la señora NUBIA VICTORIA PALACIOS BELLÓN a la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., conforme a los argumentos expuestos en la parta motiva de esta providencia.

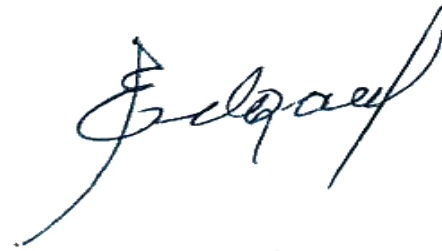
SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal tercero de la sentencia apelada y consultada, en su lugar, **CONDENAR** a las AFPs PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquellas, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el

porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo de permanencia del demandante en cada una de ellas. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



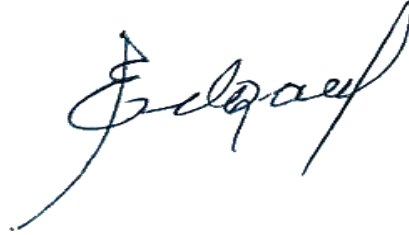
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE:

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Édgar Rendón Londoño', written in a cursive style.

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial**Tribunal Superior del Distrito Judicial****Bogotá D. C.****SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL****DEMANDANTE: AURA ELENA PUENTES DE BLÁSQUEZ****DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:**ANTECEDENTES**

Pretende la señora **AURA ELENA PUENTES DE BLÁSQUEZ**, se **condene** a Colpensiones a reconocerle el pago de la primera mesada pensional sustitutiva desde la fecha del fallecimiento del causante en el valor real, de los intereses moratorios por la no cancelación oportuna de la prestación reclamada desde su causación hasta el día de su pago, a la indexación, por los conceptos señalados anteriormente, y se haga uso de las facultades ultra y extra petita (f° 1).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 2), señaló en síntesis que, solicitó el pago de la pensión de sobrevivientes dentro de los 3 años siguientes al fallecimiento del causante; sin embargo, la entidad demandada le reconoció la prestación solo por los últimos 3 años; que agotó la vía gubernativa la cual fue contestada de manera negativa.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones contestó (f° 17-22), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los supuestos fácticos en los que estas se fundamentan señaló no constarle. Propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, prescripción e innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 29 de abril de 2021, resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación, y se releva el Despacho del estudio de las demás, conforme a las resultas del proceso.

[...]

Fundamentó su decisión, en que no era objeto de discusión en la presente litis la calidad de pensionada que ostenta la demandante como tampoco lo relacionado con el IBL que tuvo en cuenta la demandada para liquidar la mesada pensional, ni mucho menos la normatividad con la cual se procedió a realizar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, pues se tenía por probado que mediante la resolución SUB 290774 del 15 de diciembre de 2017, Colpensiones le había reconocido dicha prestación en virtud del fallecimiento del señor NICASIO BLÁSQUEZ POLANIA, bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, la que se otorgó partir del 1° de noviembre de 2014, en cuantía inicial de \$616.000.

Acotó, que lo pretendido por la demandante era el reajuste de su pensión, solicitando el reconocimiento de la primera mesada a partir de la fecha del fallecimiento del causante, la que conforme al registro civil de defunción ocurrió el 22 de enero de 1992; que aquel acto administrativo se dio aplicación a la prescripción trienal de conformidad con el concepto número DZ2012-2461115 del 16 de diciembre de 2014, precisando que la pensión de sobrevivientes se causó en la fecha del fallecimiento del señor NICASIO BLÁSQUEZ POLANIA, y por ende a partir de esa fecha surgió la exigibilidad del derecho a la accionante.

Enfatizó, que al constatarse el material probatorio, pudo evidenciar que la demandante reclamó su derecho pensional solo hasta el 31 de octubre del 2017 mediante el radicado 2017-11589404, dicha petición fue resuelta por la demandada a través de la resolución SUB 290774 del 15 de diciembre de la misma anualidad, notificada personalmente el 18 de diciembre del 2017, por lo que había de entenderse que había sobrepasado con suficiencia el término previsto en el artículo 151 CPTSS, bajo ese entendido la accionada había contabilizó el periodo trienal desde la fecha de la presentación de la reclamación administrativa que, como se dijo ocurrió el 31 de octubre de 2017, considerando que las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 31 de octubre del 2014, se encontraban prescritas y en ese sentido procedido al reconocimiento pensional a partir del 1° de noviembre de 2014, postura que compartía.

Adujo, que no era de recibo el argumento de que Colpensiones tenía la obligación de llamar a los beneficiarios del afiliado, por cuanto para el momento del deceso el causante tenía la calidad de afiliado, luego entonces no era obligación de Colpensiones conocer sobre el deceso del causante y mucho menos llamar a los sucesores procesales a efectos de que presentaran eventuales reclamaciones respecto de derechos que pudieren causarse con dicho deceso; por consiguiente, la obligación recaía sobre quien tiene interés de reclamar el derecho, por lo que era la parte actora en este caso, quien debía acudir a la entidad a solicitar el reconocimiento de los derechos que pretendiera le fueran otorgados por el deceso de su cónyuge.

Recalcó, que la accionante no logró demostrar que hubiese solicitado el pago de la pensión dentro de los tres años siguientes al fallecimiento del causante; no obstante, si en gracia de la discusión existiera uno o incluso reiteradas reclamaciones, de manera alguna se podría configurar una suspensión o interrupción perpetua en el término prescriptivo, por cuanto lo cierto es que la acción judicial solo fue presentada el 23 de octubre de 2019, de ahí que las razones expuestas resultaban suficientes para absolver a la entidad demandada.

CONSULTA

La parte demandante no interpuso recurso de apelación, por ende, la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante, en los términos del artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a esta Sala de decisión determinar si le asiste derecho a la parte actora a que le sea reconocida la pensión de sobrevivientes a partir del 22 de enero de 1992, fecha del deceso de su cónyuge NICASIO BLÁSQUEZ POLANIA; y en caso afirmativo, si hay lugar al reconocimiento de intereses moratorios e indexación.

En el presente asunto no es materia de discusión que: *i)* el señor NICASIO BLÁSQUEZ POLANIA falleció el 22 de enero de 1992 (Exp. Administrativo f° 33), *ii)* que Colpensiones le reconoció la pensión de sobrevivientes a la demandante mediante acto administrativo SUB 290774 del 15 de diciembre de 2017, a partir del 1° de noviembre de 2014, en aplicación de la prescripción trienal de mesadas, bajo los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, con una mesada inicial de \$616.000 (f°9), *iii)* que el 24 de julio de 2018, la demandante reclamó ante Colpensiones la reliquidación de la pensión, solicitud que se resolvió negativamente mediante resolución SUB 231925 del 3 de septiembre de 2018 (f°9-11).

RETROACTIVO PENSIONAL

Se tiene entonces que la inconformidad de la demandante recae respecto de la fecha en que le fue otorgada la pensión de sobrevivientes, pues en su sentir la misma debió otorgarse a partir del deceso de su cónyuge que ocurrió el 22 de enero de 1992.

Al respecto, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que la muerte del causante es la que define el inicio del disfrute de la pensión de sobrevivientes, señalando en sentencia SL1019-2021, lo siguiente:

*[...] la data de la muerte marca el inicio de la causación de las prestaciones¹ a sus beneficiarios², sin que el estatuto pensional integre una previsión relativa a que, ante la presentación de uno nuevo o, ante la declaratoria judicial, que lo tiene como tal, se vea afectada la fecha de causación para acceder a la garantía pensional y, por este hecho solo sea efectivo a la ejecutoria de la sentencia. Esto es ante un posible nuevo beneficiario, se reitera, corresponde la aplicación del marco vigente sin que su presentación tardía afecte la existencia del derecho desde la calenda en que se difiere el mismo, que precisamente es la del fallecimiento; **la consecuencia de la extemporaneidad en la reclamación, no es otra que la prescripción sobre los efectos económicos del mismo.***

¹ Ley 100 de 1993. Artículo 46, 49, 78.

² Ley 100 de 1993. Artículo 47.

*Así las cosas, la solución jurídica que quiere dar el recurrente, de que la pensión a la compañera permanente debe ser a partir de la ejecutoria de la sentencia de segundo grado, no se acompasa con nuestra legislación y esa es la razón para afirmar que ni siquiera se contempló por parte del funcionario de la justicia y, en línea con lo expuesto, la consecuencia, **ante la presentación extemporánea, se materializó en la declaratoria de prescripción de las mesadas pensionales anteriores a abril de 2008.** En este punto no resulta menor agregar que la pensión de sobrevivientes comporta un contenido mínimo e irrenunciable y, por ende, no puede ser afectado, desconocido o disminuido, pues esto conllevaría a su renuncia, lo que no está permitido en nuestra constitución. (subrayado fuera del texto original).*

Como bien se puede apreciar de la sentencia en cita, si bien la fecha del fallecimiento del causante determina la causación del derecho pensional, la misma también puede encontrarse afectada por el fenómeno prescriptivo cuando la reclamación se presenta por fuera del término trienal que contempla el artículo 151 del CPTSS. En el presente asunto, se tiene que la señora Aura Elena Puentes presentó reclamación ante Colpensiones para el reconocimiento pensional el 31 de octubre de 2017, a través del radicado No. 2017_11589404, solicitud que le fue definida mediante la resolución SUB 290774 del 15 de diciembre de 2017, en la cual se accedió al reconocimiento, advirtiéndose que la pensión se reconocería a partir del 1° de noviembre de 2014, teniendo en cuenta el concepto emitido No. BZ 2014_1046115 del 16 de noviembre de 2014 (CD Exp. Administrativo f° 33).

Para ello, Colpensiones en el acto administrativo argumentó lo siguiente: «*que se aplicó prescripción como quiera que la exigibilidad del derecho se dio a partir del 22 de enero de 1992 fecha de fallecimiento del causante, sin embargo, la solicitud de reconocimiento de pensión de sobrevivientes se presentó el 31 de octubre de 2017, prescripción que empieza a contarse a partir de esta fecha, por tal motivo se reconoce a partir del 01 de noviembre de 2014*».

Al revisarse el caudal probatorio, no se evidenció que la demandante con anterioridad al 31 de octubre de 2017, haya presentado otra reclamación ante Colpensiones con la cual se hubiera interrumpido el término prescriptivo con anterioridad a la fecha antes señalada; por lo tanto, conforme a los fundamentos expuestos, le asiste razón tanto a la entidad demandada como a la *a quo*, en cuanto a que el disfrute de la pensión quedó ajustada a derecho, pues si la exigibilidad de esta nació el 22 de enero de 1992, le correspondía a la parte actora acudir ante la entidad a reclamar dentro los 3 años siguientes a fin que la prestación se diera para esa misma data, pues de lo contrario, las mesadas resultan afectadas por el fenómeno prescriptivo; y si bien el derecho pensional no prescribe, las mesadas sí pueden encontrarse afectadas por dicho fenómeno como bien lo sostuvo la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Por lo anterior, se **confirmará** la decisión de primera instancia.

COSTAS

SIN COSTAS en esta instancia, por tratarse del grado jurisdiccional consulta.

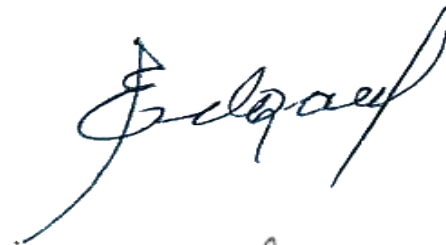
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 8° Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado