



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 032 2021 00130 01
DEMANDANTE: VÍCTOR MANUEL VARGAS PEÑA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Colfondos S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 5 de abril de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare la “*nulidad*” del traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP Colfondos S.A. adelantado el 7 de mayo de 2001. En consecuencia, ordenar a la AFP a trasladar a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de la vinculación, como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado. A esta última, a recibir los conceptos y contabilizar las semanas cotizadas. Se disponga a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso. Subsidiariamente, se declare la ineficacia e “*inoperancia de los efectos*”, del traslado del régimen de prima media con

prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Colfondos S.A. el 7 de mayo de 2001.

En respaldo de sus pretensiones, narró que se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 15 de agosto de 1978 y cotizó 706,71 semanas. Se trasladó al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A. el 7 de mayo de 2001. Adujo que el fondo, previo a la vinculación no le informó sobre las características y diferencias de cada régimen, ni los beneficios, desventajas o inconvenientes del cambio y las implicaciones que tendría sobre su futuro pensional. Indicó que solicitó a las demandadas el retorno al régimen, el cual fue negado (expediente digital, documento 01 fls. 112 a 135).

La AFP Colfondos S.A rechazó el éxito de las peticiones. Manifestó no ser ciertos o no constarle la totalidad de los hechos. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y 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 las demás declarables de oficio. En defensa de sus intereses, sostuvo que cumplió con las formalidades establecidas en la Ley para el momento en que se concretó el traslado. Indicó que el actor estuvo afiliado por más de 15 años en el RAIS y que no es beneficiario del régimen de transición (expediente digital, archivo 04 fls. 2 a 20).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la afiliación al ISS, el traslado de régimen, la reclamación administrativa y su respuesta negativa. Manifestó que los demás hechos no le constan. Formuló las excepciones de inoponibilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, improcedencia de la declaración de la nulidad de traslado de pensionado, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el

consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005), buena fe de Colpensiones, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción. En su defensa, argumentó que no se acreditan los supuestos legales para declarar la ineficacia del traslado, con el cual además se afectaría el principio de sostenibilidad financiera del sistema, toda vez que el demandante no es beneficiario del régimen de transición y está incurso en una prohibición legal en razón de la edad (expediente digital, archivo 05 fls. 2 a 40).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 5 de abril de 2022 (expediente digital, documento 11), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por el demandante Víctor Manuel Vargas Peña a través de Colfondos S.A. de fecha 7 de mayo de 2001.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la demandada Colfondos S.A. a trasladar con destino a Colpensiones la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración, estos últimos de manera indexada.

CUARTO: ORDENAR a la demandada Colpensiones a recibir al demandante Víctor Manuel Vargas Peña como afiliado al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada Colfondos S.A. y a favor del demandante, tásense por secretaria incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes. Sin costas respecto de Colpensiones.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión y en lo desfavorable a la demandada Colpensiones, remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al momento de la afiliación información clara, cierta,

comprensible y oportuna de las características, condiciones beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen, por lo que es claro que debe declararse la ineficacia del traslado de régimen pensional.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas AFP Colfondos S.A. y Colpensiones S.A. apelaron lo resuelto.

Colpensiones solicitó revocar la decisión al señalar que no se tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica y la teoría del daño del derecho civil, toda vez que al ser un tercero ajeno no tiene por qué sufrir consecuencias positivas ni negativas y quien causa el daño es quien debe repararlo. Por lo que, la AFP debe ser quien asuma el daño causado al demandante respecto al monto de la mesada pensional. Señaló además que con el retorno del actor se afectaría la sostenibilidad financiera y ocasionarían perjuicios a Colpensiones, ya que la devolución de la totalidad de los aportes del actor no alcanzarían a cubrir la mesada pensional a la que eventualmente tenga derecho.

Por su parte, la AFP Colfondos S.A. imploró revocar la condena impuesta a devolver los gastos de administración debidamente indexados, pues estas sumas fueron descontadas por mandato legal, mantuvieron cubierto al actor para los riesgos de invalidez y sobrevivencia, compensaron la gestión de la administradora que generó rendimientos a la cuenta individual, los cuales también se ordena trasladar y con ello se genera un enriquecimiento injusto en cabeza de Colpensiones. Señaló que la indexación se constituye en una condena por daños y perjuicios, situación que no fue discutida dentro del presente asunto. Expuso que no se prueba el perjuicio que se genera al demandante.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia

adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de*

la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas el actor se afilió Instituto de Seguros Sociales el 15 de agosto de 1978 (expediente digital, archivo 05 fl. 42). Migró al RAIS, a través de la administradora AFP Colfondos S.A. el 7 de mayo de 2001, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, archivo 01 fl. 28), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO DE MANERA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES MANIFIESTO QUE HE ESCOGIDO A LA COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. COLFONDOS PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS SON VERDADEROS.

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que es profesional en comercio internacional y actualmente labora en Avianca. Relató que para la época del traslado trabajaba en el aeropuerto, una asesora del fondo se acercó con el formulario y le informó que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar. Manifestó que la motivación para retornar al RPM es la diferencia en el monto de la mesada en cada régimen. Refirió que se acercó hace 4 meses a Colpensiones y allí le informaron que tendría una mejor pensión que en Colfondos. Refirió que

crea que en Colpensiones obtendría una pensión de 1'700.000 y en Colfondos un salario mínimo.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Colfondos S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la AFP Colfondos S.A. faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, 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 debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, Colfondos S.A., deberá entregar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por ello, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión por ello, la sentencia será adicionada en este punto.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 y CSJ SL373-2021, entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 5 de abril de 2022, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. 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 que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión tal como acertadamente concluyo el *a quo*.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta y en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Aclaración de voto

032 2021 00130 01



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 033 2019 00284 01
DEMANDANTE: ANA LUCÍA VILLAMARÍN MESA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de marzo de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP Porvenir S.A. y válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida (RPM). En consecuencia, se condene a la AFP a trasladar los aportes cotizados a Colpensiones. A esta última a aceptar dichas sumas y registrarla como afiliada sin solución de continuidad. Así mismo, a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.

En respaldo de sus pretensiones, narró que se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 7 de mayo de 1987 y cotizó 155 semanas. Se trasladó

al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. en el mes de julio de 1997. Adujo que el fondo, previo a la vinculación no le informó sobre las características de cada régimen, las ventajas y desventajas del cambio y las implicaciones que tendría sobre su futuro pensional, tampoco realizó proyecciones comparativas que le permitieran evidenciarlas. En la actualidad cuenta con 1.269 semanas cotizada. Indicó que las demandadas negaron el retorno al RPM (expediente digital, archivo 01 fls. 3 a 16).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó que los demás hechos no le constan. Formuló 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 las demás declarables oficiosamente. Para enervar las pretensiones, argumentó que la demandante está incurso en una prohibición de retornar a prima media en razón a la edad, ya que no contaba con 750 semanas cotizadas al 1 de abril de 1994 (expediente digital, archivo 02 fls. 2 a 26).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos de la demanda. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, sostuvo que no hay lugar a declarar la nulidad del acto jurídico, toda vez que la actora suscribió de manera voluntaria el formulario de afiliación, con el lleno de los requisitos. Señaló que ha operado el fenómeno de la prescripción sobre la reclamación presentada (expediente digital, documento 08 fls. 2 a 38).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 23 de marzo de 2022 (expediente digital, documento 13), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por el fondo de pensiones Porvenir y con esto la afiliación realizada a la señora Ana Lucía Villamarín Mesa el día 17 de julio de 1997, identificada ella con cédula de ciudadanía número 51.656.376.

SEGUNDO: DECLARAR que Ana Lucía Villamarín Mesa, identificada como ya quedo indicado, se encuentra efectivamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

TERCERO: ORDENAR a Porvenir realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual la señora Ana Lucía Villamarín Mesa 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 Ana Lucía Villamarín Mesa.

QUINTO: ORDENAR a Porvenir a trasladar a Colpensiones la totalidad de cuotas de administración recibidas mientras la demandante estuvo afiliada, valores que serán asumidos desde su propio patrimonio a efectos de garantizar la estabilidad financiera del régimen de prima media, para esto se CONMINA a Colpensiones a realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de dichas sumas.

SEXTO: DECLARAR no probadas, las excepciones de inexistencia del derecho y prescripción, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: COSTAS de esta instancia quedan a cargo de Porvenir, agencias en derecho tres salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Como sustento de su decisión, señaló que no hay elemento probatorio que permita inferir que para 1997, se brindó a la demandante información referente a las características, condiciones, situaciones o efectos de trasladarse de régimen pensional, por eso, es procedente declarar la ineficacia del traslado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones S.A. apelaron lo resuelto.

La AFP Porvenir S.A. imploró revocar la sentencia al argumentar que a través del formulario de afiliación, demostró que cumplió con el deber de dar información. Señaló que siempre garantizó a la actora el derecho de

retracto, empero ella no ejerció dicha facultad. Rechazó la condena a reintegrar gastos de administración por considerar que estos rubros son propios del RAIS, compensaron la gestión de la AFP y mantuvieron cubierta a la demandante frente a las contingencias de invalidez o muerte, para tal fin fueron erogados a un tercero, por tanto no cuenta con estos recursos. Aseguró que trasladar dichas sumas generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones. Agregó que estos conceptos no integran el capital que financia la pensión y por tanto son susceptibles de prescribir.

Por su parte, Colpensiones solicitó revocar la decisión al señalar que el despacho no cumplió con los requisitos de la carga dinámica de la prueba y su distribución entre las partes. Indicó que viable declarar la ineficacia simplemente por el curso probatorio que siguió el proceso.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio

suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones, la actora se afilió Instituto de Seguros Sociales el 7 de mayo de 1987

(expediente digital, documento 04), migró al RAIS, a través de la administradora AFP Porvenir S.A. el 17 de julio de 1997, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, documento 08, fl. 74), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE REALIZO DE FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, ASÍ COMO LA SELECCIÓN DE LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR PARA QUE SEA LA ÚNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES. TAMBIÉN DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que en 1997 se trasladó a Porvenir porque asesores de diferentes fondos se acercaron a su lugar de trabajo, Personería de Bogotá, le informaron que en la AFP obtendría una mesada superior a la que recibiría en el Instituto de Seguros Sociales, pero no le explicó como sucedería, pese a ello, confesó que nunca se acercó al ISS a verificar la información suministrada. Indicó que sus compañeros le comentaron que la pensión no era mejor en el fondo, por eso se acercó a Porvenir donde le indicaron que le faltaban menos de 10 años para pensionarse, por lo que no se podía trasladar a Colpensiones. Admitió que recibe extractos de manera trimestral. Refirió que ha radicado quejas por la falta de información.

A solicitud de la accionante fue decretado y escuchado el testimonio de Gabriela del Carmen Ochoa Castro, quien manifestó que fue compañera de trabajo de la actora en la Personería de Bogotá por espacio superior a dos años. Señaló que asesores del fondo pasaban por cada una de las oficinas, escuchó la charla que el asesor del fondo dio a la demandante, por ello, recuerdo que le ofrecieron pensionarse a los 50 años y con un monto mayor, también presenció el momento en que la actora diligenció y firmó el formulario de vinculación.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la

demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la AFP Porvenir S.A. faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, 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 debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, Porvenir S.A., deberá entregar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021).

Por ello, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de marzo de 2022, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. 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 los demás la sentencia del *a quo*.

TERCERO: Sin COSTAS en la consulta y en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Aclaración de voto

032 2019 00284 01



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 036 2020 00486 01
DEMANDANTE: ANDRÉS CALVANO CABRAL
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Protección S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 2 de mayo de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare la «ineficacia de la afiliación» al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Protección S.A adelantada el 8 de abril de 1999 y válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida. En consecuencia, condenar a la AFP a registrar en su sistema de información que la afiliación es ineficaz, trasladar a Colpensiones, la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento. A esta a recibir la totalidad de los aportes a pensión incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar. A

las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso. (expediente digital, documento 01 fls. 1 a 13).

En respaldo de sus pretensiones, narró que inició sus aportes pensionales en el RPM. Se trasladó al RAIS a través de la AFP Protección S.A. el 8 de abril de 1999. Adujó que a su lugar de trabajo se presentó un asesor del fondo privado asegurando que el ISS tenía problemas financieros, por ello, sus aportes estaban en riesgo, por tanto, debía afiliarse a un fondo privado, pero no le informó de forma adecuada, veraz, oportuna y completa las características de cada régimen pensional, sus ventajas y desventajas y las implicaciones que la decisión tendría en su futuro pensional, así como la posibilidad de regresar al RPM dentro del término legal. Expuso que la firma Yabar le informó que el ingreso base de liquidación era de \$3.969.197 y proyectó como mesada pensional en Colpensiones \$2.705.662. La AFP no brindó reasesoría, solicitó a la Superintendencia Financiera de Colombia pronunciarse sobre el deber información de los fondos (expediente digital, documento 01 fls. 1 a 13).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la afiliación al régimen de prima media, el traslado al RAIS y la afiliación actual a la AFP Protección. Manifestó que los demás hechos no le constan o no son ciertos. Formuló las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia del traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, *«inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política)»*, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, falta de legitimación en la causa y las demás declarables oficiosamente. Para enervar las pretensiones, argumentó que el demandante no acreditó los supuestos legales para que se declaré la ineficacia y/o nulidad del

traslado, además estuvo vinculado por más de 21 años en el RAIS (expediente digital, archivo 07, fls. 1 al 24).

La AFP Protección S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Aceptó la afiliación a este fondo, la solicitud de declaración de ineficacia de la afiliación, su respuesta, la solicitud elevada a la administradora a fin de obtener soporte de una supuesta re-asesoría. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. 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, *«reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa»*, *«inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe»*, y las demás declarables de oficio. En su defensa, sostuvo que no hay lugar a declarar la nulidad del acto jurídico, pues cumplió con la obligación de información en los términos establecidos para la fecha del traslado, observando los principios de buena fe y legalidad (expediente digital, documento 07 fls. 1 a 29).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 2 de mayo de 2022 (expediente digital, documento 19), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por el señor Andrés Calvano Cabral del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, que se hizo efectivo a partir del 1º de junio de 1999, a través de Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a normalizar la afiliación del actor en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a Colpensiones-, los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, incluidos los costos de las primas de los seguros

previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas a la fecha de su pago.

TERCERO: ORDENAR a la Colpensiones a recibir al demandante en el régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad e imputar, una vez recibidos, los aportes de la historia laboral.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones de prescripción y falta de legitimación en la causa.

QUINTO: CONDENAR en costas a Protección S.A. y a Colpensiones.

SEXTO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de la Colpensiones, conforme lo dispone el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al momento de la afiliación información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional que le permitiera al actor conocer los efectos de trasladarse teniendo en cuenta sus condiciones particulares.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas AFP Protección S.A. y Colpensiones S.A. apelaron lo resuelto.

La AFP Protección S.A. rechazó la devolución de los gastos de administración debidamente indexados y además los rendimientos financieros pues se generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones porque no son dineros destinados a financiar la pensión de vejez y estos valores retribuyeron la buena gestión de la administradora, como quiera que se desconocen las restituciones mutuas. Respecto a la prima del seguro previsional, señaló que fue descontada mes a mes durante el tiempo de afiliación del actor, girada a una aseguradora que mantuvo cubierto al accionante frente a los riesgos de invalidez y muerte. Refirió que tal devolución atenta contra el patrimonio de la AFP. Expuso que no se prueba el perjuicio que se genera al demandante. Señaló que frente a la reclamación de los gastos de administración opera el fenómeno de la prescripción.

Por su parte, Colpensiones imploró revocar la decisión, pues el demandante suscribió afiliación al RAIS de manera libre y voluntaria con apego a la ley vigente para la época, así mismo no se acreditó la configuración de algún vicio de consentimiento, ni pueden equipararse los efectos de la falta al deber de información. Señaló, que con el traslado se afectaría la sostenibilidad financiera, pues con los recursos que se trasladen seguramente no se cubrirá la posible pensión a reconocer al actor. Aseguró que la carga dinámica de la prueba, no comporta un mínimo esfuerzo probatorio de la parte demandante. También solicitó revocar las costas procesales.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen

del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios,

pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas el actor se afilió Instituto de Seguros Sociales, el 6 de junio de 1989 (expediente digital, archivo 07, documento 4 fls. 1 a 6), migró al RAIS, a través de la administradora AFP

Protección S.A. el 1 de junio de 1999, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, archivo 08, fl. 30), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LO HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que en 1989 se encontraba afiliado al seguro social. En 1999 se realizó una reunión en su lugar de trabajo donde le ofrecieron vincularse a Protección, con el argumento que el ISS iba a desaparecer y por ende, a futuro quedaría sin pensión, por el contrario en el fondo privado tendría una mejor pensión y esto lo condujo a firmar voluntariamente el formulario de afiliación, previamente diligenciado. Aseguró que tan solo verificó que sus datos estuvieran correctos. Afirmó que no fue asesorado, desconoce las características de cada régimen, pero sabe que puede acceder una pensión en la AFP.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Protección S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la AFP Protección S.A. faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, 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 debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, Protección S.A., deberá entregar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por ello, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto

con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión tal como acertadamente concluyo el *a quo*.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 y CSJ SL373-2021, entre otras.

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a Colpensiones de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, la administradora resultó derrotada, pues además de declararse la ineficacia del traslado, se le ordenó recibir al demandante en el régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad e imputar los recursos recibidos a la historia laboral. En consecuencia, la sentencia se mantendrá en cuanto ordenó a Colpensiones pagar las costas del proceso.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

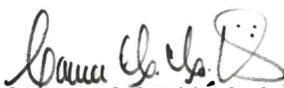
PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la decisión proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 2 de mayo de 2022, en el sentido de condenar a la AFP Protección S.A. que al momento de cumplir la orden, discrimine todos los conceptos con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada en el sentido de indicar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta y en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
Aclaración de voto
036 2020 00486 01



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 38 2019 00665 01
DEMANDANTE: ROBERTO CÁRDENAS NIETO.
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación que interpuso el demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de junio de 2021.

ANTECEDENTES

La accionante convocó a juicio a Colpensiones para que sea condenada a reliquidar la pensión de vejez, tomando en consideración una tasa de remplazo equivalente al 80% correspondiente a 1578 semanas cotizadas. A pagarle la mesada catorce desde que se causó el derecho a la prestación, a reintegrarle la suma de \$1.156.800 que le fue descontada por concepto de aportes al sistema de salud.

En respaldo de sus pretensiones, narró que cotizó 1578 semanas al sistema de pensiones. Mediante Resolución SUB 111665 del 26 de abril de 2018, Colpensiones le reconoció pensión de vejez a razón de 13 meadas al año y aplicó como tasa de remplazo el 71%. Refirió que la demanda descontó la suma de \$1.156.800 para aportes al sistema de salud, omitiendo que reside en el exterior desde el 23 de septiembre de 2009 (fls. Expediente digital archivo 1 a 6).

Al dar respuesta, Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Admitió el número de semanas cotizadas, que reconoció pensión de vejez y efectuó descuentos con destino al sistema de salud y la reclamación administrativa. Propuso las excepciones de prescripción, c inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, y las demás declarables oficiosamente (fls. 53 a 63).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 23 de junio de 2021, absolvió a la demandada, declaró probada la excepción de prescripción y gravó a la parte demandante con las costas del proceso (fls. 74 y 75).

Como sustento de su decisión, definió realizadas las operaciones correspondientes que la entidad para liquidar la prestación aplicó la tasa de remplazo correspondiente al número de semanas cotizadas por la accionante. Estableció que por virtud del Acto Legislativo 01 de 2005 no hay lugar al reconocimiento y pago de la mesada 14. Igualmente consideró que si bien la demandante junto con la petición de pensión informó a Colpensiones que su residencia estaba fijada en la ciudad de Milán Italia, no cumplió con el deber de diligenciar el formulario único de afiliación y registro de novedades del sistema general de seguridad social en salud, con todo para el 31 de octubre de 2018, aparecía como cotizante al sistema a través de la Nueva EPS.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme el demandante solicitó revocar la decisión en cuanto absolvió a la demandada reintegrar las sumas descontadas con destino al sistema de salud, dado que al solicitar el reconocimiento de la pensión puso de presente a Colpensiones que residía fuera del país y era su voluntad no continuar cotizando.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que corresponde dilucidar si la accionante tiene derecho al reembolso de sumas descontadas con destino al sistema de salud.

Es verdad probada que Colpensiones reconoció a la accionante pensión de vejez mediante Resolución SUB 111664 del 26 de abril de 2018, en cuantía inicial de \$2.409.673 a partir del 1 de enero de 2018 (fls 18 a 24 expediente digital). En el acto administrativo al liquidar el retroactivo pensional descontó la suma de \$1.156.800 por concepto de aportes al sistema de salud.

Pues bien, de conformidad con lo dispuesto en el literal a), del numeral 1 del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 203 *idem*, son afiliados obligatorios al Sistema de Seguridad Social en Salud – régimen contributivo, entre otros, los pensionados y jubilados quienes *«deberán afiliarse al Sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el capítulo I del título III de la presente Ley.»*

Dispone el numeral 1.3 del artículo 2.1.4.1. del Decreto 780 de 2016 que son afiliados obligatorios al régimen contributivo *«Los pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sobrevivientes, sustitutos o pensión gracia tanto del sector público como del sector privado...».*

Ahora bien, la terminación de la afiliación a una EPS puede darse por varias circunstancias, en lo que importa al proceso de conformidad con el numeral 5 del artículo 2.1.3.17. *«Cuando el afiliado cotizante y su núcleo familiar fijen su residencia fuera del país y reporte la novedad correspondiente a la EPS o a través del Sistema de Afiliación Transaccional. en este evento dispone la norma:*

PARÁGRAFO 1o. Cuando el afiliado cotizante y su núcleo familiar fijen su residencia fuera del país deberán reportar esta novedad a más tardar el último día del mes en que ésta se produzca y no habrá lugar al pago de las cotizaciones durante los periodos por los que se termina la inscripción.

Cuando el afiliado cotizante que fije su residencia fuera del país no reporte la novedad se mantendrá la inscripción en la EPS y se causará deuda e intereses moratorios por el no pago de las cotizaciones, en los términos previstos en el artículo 2.1.9.3 del presente decreto, según el caso.

Cuando el afiliado regrese al país deberá reportar la novedad al Sistema de Afiliación Transaccional mediante la inscripción en la misma EPS en la que se encontraba inscrito y reanudar el pago de sus aportes.

PARÁGRAFO 2o. Hasta tanto entre en operación el Sistema de Afiliación Transaccional, las novedades previstas en la presente Parte deberán reportarse directamente a la EPS.

Ahora, una vez reportada la novedad, cesa para el afiliado cotizante la obligación de pagar cotizaciones, según preceptúa artículo 2.1.3.18 de la norma pluricitada.

Al amparo de la normatividad para que un pensionado que ha fijado su residencia en el exterior, pueda terminar su afiliación con la EPS y en consecuencia dejar de aportar para el sistema de salud, debe acreditar que reportó la novedad a la «EPS o a través del Sistema de Afiliación Transaccional». Importa destacar, que el Ministerio de Salud y Protección Social mediante Resolución 974 de 2016 adoptó el «Formulario Único de Afiliación y Registro de Novedades al Sistema General de Seguridad Social en Salud» y fijó la obligatoriedad de su utilización a partir del 2 de mayo de 2016.

Pues bien, en el *sub lite* la demandante demostró que el 2 de enero de 2018, anexó a la solicitud de pensión de vejez «Formato de Información EPS» en el que se puede leer que en el aparte correspondiente a la información de vinculación o afiliación, diligenció la opción n.º 6 «COLOMBIANO EN EL EXTERIOR». Importa destacar que en el documento se indica que de haber marcado esta opción, se debe anexar el certificado de residencia expedida por el Cónsul, el cual fue aportado por la accionante. En efecto, obra documento expedido por el cónsul de la ciudad de Milán en el que indica que la promotora del juicio reside en la ciudad de Thiene región del Véneto en Italia desde el 23 de septiembre de 2009 (expediente administrativo).

No obstante, Colpensiones realizó los descuentos para salud, en lo que importa al proceso de enero a abril de 2018, con destino al Fosyga, según consta en certificado expedido el 31 de octubre de 2018 (expediente administrativo). Lo que condujo a que la demandante solicitara la suspensión de estas deducciones, en respuesta la entidad mediante comunicación del 2 de noviembre de 2018, en la que se indica como referencia: « *Traslado EPS_ Fondo de Solidaridad Residente en el Exterior No afiliado a EPS*» le informó:

Atendiendo a su solicitud, teniendo en cuenta la normatividad legal vigente y verificada la base de datos de nómina de pensionados, nos permitimos informar que, para nómina de noviembre de 2018, se aplicó la novedad de traslado EPS en calidad de RESIDENTE EN EL EXTERIOR con deducción del 0%.

En adición de conformidad con misiva adiada del 30 de noviembre de 2018, Colpensiones informó que solicitó el reintegro del dinero al ADRES y que la devolución estaba sujeta al tiempo que esta disponga para efectuar el respectivo trámite (expediente administrativo)

De otra parte, ante la petición de reintegro de las sumas descontadas del retroactivo pensional con destino a salud, reclamadas en el presente proceso la administradora mediante misiva del 26 de septiembre de 2019, informó a la actora:

Atendiendo a su solicitud, teniendo en cuenta la normatividad legal vigente y verificada la base de datos de nómina de pensionados, nos permitimos informar que, en nómina de Octubre de 2019 pago Noviembre de 2019, será efectuado el pago por los descuentos realizados por aportes a salud por un valor de \$1.156.800 correspondientes a los periodos salud, de febrero de 2018 a Mayo de 2018, valor que será girado junto con el pago de la mesada pensional a la cuenta de ahorros ya registrada ante Colpensiones.

Bajo estos supuestos, es dable concluir que *i)* la demandante comunicó oportunamente a Colpensiones su residencia en el exterior y anexó, el único documento solicitado por el pagador y encargado de realizar el descuento. *ii)* la accionante no acreditó en juicio haber diligenciado el formulario único de afiliación y registro de novedades al sistema general de seguridad social en salud, pese a ello *iii)* la demandada a partir de noviembre de 2018, suspendió los pagos y pasó a deducción 0,

modificando el status de la demandante al referido al solicitar la pensión de vejez, esto es residente en el exterior, sin que se evidencie en el amplio expediente administrativo que hubiere radicado documento o hubiere adelantado trámite adicional.

Así las cosas, estima la Sala que la actora quien reside en el exterior desde el año 2009 y no se encuentra vinculada a ninguna EPS en Colombia, tiene derecho a la devolución de la suma de \$1.156.800, descontada en la Resolución SUB 111665 del 26 de abril de 2018, pues de lo contrario, incluso podría generarse un enriquecimiento sin causa en cabeza de alguno de los entes del sistema de salud, por lo que el fallo será revocado en este punto para en su lugar ordenar a la demandada a cancelar la suma referida, ello en el entendido en que no la haya pagado en la nómina de noviembre de 2019, según anunció en misiva del 26 de septiembre de 2019 (expediente administrativo), pues más allá de esta comunicación no obra constancia de pago.

No se causan costas en la instancia. Las de primera instancia estarán a cargo de la demandada.

DECISIÓN

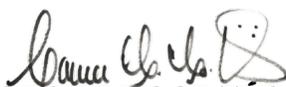
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 23 de junio de 2021 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., para en su lugar **CONDENAR** a la demandada a reintegrar a la demandante la suma descontada por concepto de aportes en salud en la Resolución SUB 111665 del 26 de abril de 2018.

SEGUNDO: No se causan costas en la apelación. Las de primera instancia estarán a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



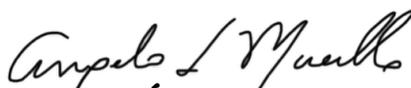
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 05 2013 00825 04
DEMANDANTE: JORGE ENRIQUE CRUZ RODRÍGUEZ, AURORA RAMÍREZ SALGAR, MARÍA ANGÉLICA Y AURORA LILIANA CRUZ RAMIRÉZ
DEMANDADO: GRUPO DE SERVICIOS AEROPORTUARIOS SAS GRUPO SAS Y JAVIER HOYOS FONSECA

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide en grado de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 7 de abril de 2021.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió proceso ordinario laboral para que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con el Grupo Servicios Aeroportuarios S.A.S, desde el 1° de julio de 2005 hasta el 30 de septiembre de 2012, data esta en que fue terminado sin justa causa. Se declare que en virtud del servicio prestado desarrolló enfermedad profesional denominada sordera hipoacusia neurosensorial. Así mismo, se declare que se encuentra legalmente casado con Aurora Ramírez Salgar y que de su unión nacieron dos hijas María Angélica y Aurora Liliana Cruz Ramírez.

En consecuencia, se condene a la sociedad demandada a pagar perjuicios materiales correspondientes a daño emergente y lucro cesante consolidado y futuro, a pagar los daños morales objetivados y subjetivados

generados por el accidente de trabajo ocurrido el 6 de agosto de 2006, estos últimos para todos los demandantes.

En respaldo de sus pretensiones, en síntesis indicó que el 1º de julio de 2005, se vinculó a la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido para desempeñarse como Jefe de Bodega del Departamento de Importaciones. Adujo que la empresa estaba ubicada dentro de un hangar al lado de la pista n.º 2 del aeropuerto El Dorado, por ello, era necesario taparse los oídos para evitar los ruidos superiores a 85 decibeles, empero, el empleador no le entregó elementos de protección requeridos y Compensar determinó el 16 de enero de 2013, que padece pérdida de la audición equivalente al 70%, y diagnosticó enfermedad profesional denominada hipoacusia neurosensorial.

Sostuvo que pese a que debía utilizar la fuerza para levantar mercancías, cargar y descargar los aviones y furgones, no le fue suministrado cinturón o faja u otro elemento de protección, tampoco fue capacitado para ejecutar este tipo de labores. El 10 de enero de 2013, Compensar comunicó al empleador que padecía de trastorno de disco lumbar y otros – con radicolopatía, y sin embargo, la demandada se abstuvo de remitir la documentación necesaria a dicha EPS para que se adelantara la calificación de la enfermedad profesional. Aseguró que con ocasión de sus patologías padece depresión y esto ha afectado su vida de pareja, sus relaciones familiares y la consecución de un nuevo empleo (fls. 4 a 22 y 50 y 51 subsanación).

Por auto del 24 de abril de 2015 (fl 93) se dispuso emplazar a la demandada Grupo de Servicios Aeroportuarios. El curador *ad litem* al contestar se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Admitió las funciones desempeñadas por el accionante, el vínculo matrimonial y la procreación de dos hijas. De los demás hechos dijo que eran parcialmente ciertos o que no le constaban. Propuso las excepciones de buena fe y las demás declarables de oficio (fls. 102 a 104).

El 18 de octubre de 2018, el Juez dispuso integrar el contradictorio por pasiva con Javier Hoyos Fonseca quien fungió como Gerente de la sociedad Grupo Servicios Aeroportuarios S.A.S. (fl. 177). Por auto del 28 de mayo de 2018, se dispuso su emplazamiento (fl 185). Al contestar, el curador *ad litem* solicitó probar cada una de las pretensiones. Admitió que la suscripción del contrato entre el demandante y la sociedad demandada, el salario del último año, la ubicación de la empresa y lugar de trabajo, la exposición al ruido de motores y turbinas de los aviones que aterrizan y despegan que sobrepasan los 85 decibeles, la existencia de riesgo ocupacional y el incumplimiento de la empresa en la prevención y atención del mismo y que el actor no ha podido ser calificado como quiera que la demandada no ha remitido la documentación que le ha sido requerida (fls 233 a 235)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 7 de abril de 2021, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

SEGUNDO: ABSOLVER de todas y cada una de las pretensiones a Javier Hoyos Fonseca pretensiones de la demanda instaurada por Jorge Enrique Cruz Rodríguez, Aura Ramírez Salgar, María Ángela Cruz Ramírez y Aurora Liliana Cruz Ramírez.

TERCERO: Sin costas para las partes.

En lo fundamental señaló que el demandado Javier Hoyos Fonseca, no está llamado a responder por las obligaciones a cargo del Grupo de Servicios Aeroportuarios SAS, pues simplemente ostentó la calidad de representante legal.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia

totalmente adversa a las pretensiones del demandante es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Colegiatura definir en primer término si el demandado Javier Hoyos Fonseca, está llamado a responder por las peticiones de la demanda, de ser así, proceder a verificar la procedencia de reconocer las mismas.

Pues bien, recuérdese que la legitimación en la causa, en términos generales, hace referencia a la relación sustancial que debe existir entre las partes en el proceso y el interés en el litigio, de tal manera que quien pretende la obligación es la persona habilita por la ley para actuar procesalmente y aquella de la que se reclama debe ser la obligada y facultada jurídicamente para cumplirla.

En el presente asunto quedó demostrado y no es materia de controversia que el demandante prestó sus servicios personales a la Grupo Servicios Aeroportuarios S.A.S., sociedad que estaría llamada a responder por la indemnización deprecada, empero ante su liquidación fue desvinculada del proceso en audiencia celebrada el 16 de agosto de 2019, en la cual además se dispuso seguir adelante únicamente respecto del demandado Javier Hoyos Fonseca (fls 292 a 297), sin que tal decisión hubiera sido objeto de reparo por parte del demandante.

Ahora, desde la demanda y al ser vinculado por pasiva se indicó que Hoyos Fonseca fungió como representante legal de la demandada, sociedad por acciones simplificada, es más él mismo comunicó tal situación mediante misiva del 30 d abril de 2014 y puso de presente que desde hacía varios meses había dejado de ejercer tal encargo (fl. 55).

El administrador, el gerente o el representante legal de una empresa o persona natural no es responsable de las deudas laborales del empleador. Ello como quiera que no es posible confundir el líder de la

administración de una persona jurídica con la persona jurídica misma o con su dueño, pues aquel es apenas un intermediario o incluso mandante que se encarga de facilitar los procesos legales y administrativos del negocio, más no asume responsabilidad respecto a las obligaciones que le son propias del empleador.

Así las cosas, la condición de representante legal que tenía Hoyos Fonseca, no lo hace responsable de la indemnización plena de perjuicios perseguida en el *sub lite*, tal como acertadamente concluyó el juez de conocimiento.

No se causan costas en el grado de consulta.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 7 de abril de 2021 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá

SEGUNDO: Sin COSTAS en el grado de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 005 2013 00825 04



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 013 2018 00628 01.
DEMANDANTE: CLEMENCIA VARGAS BRAND
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas la AFP Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 30 de marzo de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la «*nulidad absoluta*» del traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Colfondos S.A., de los cambios horizontales y válidamente afiliada a RPM. En consecuencia, se condene al fondo a trasladar todo el capital ahorrado a Colpensiones. Se disponga a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus peticiones, narró que nació el 20 de junio de 1959, se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 1 de junio de 1995. Se

trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Colfondos S.A. el 1 de octubre de 1997, posteriormente cambió a Colpatria y finalmente retornó a Colfondos S.A. donde se encuentra actualmente afiliada. Adujo que el fondo no le brindó información clara, completa y fehaciente acerca de las ventajas y desventajas de cada régimen, tampoco sobre las implicaciones en su futuro pensional, conforme a sus particularidades personales. Finalmente, que fue negada la reclamación e retorno a RPM elevada a las demandas (fls. 3 a 11).

Colpensiones rechazó las pretensiones. Admitió la data de nacimiento de la actora, la afiliación al ISS, el traslado de régimen y la reclamación administrativa con su respuesta. Manifestó que no le constan o no son ciertos los demás fundamentos fácticos. Formuló las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que no actuó en el traslado de régimen y la demandante no aportó prueba alguna de la cual se pueda inferir configuración vicio de consentimiento alguno. Adujo que la actora no es beneficiaria del régimen de transición y está incurso en prohibición legal en razón de la edad (fls. 52 a 55).

Por auto de 10 de diciembre de 2020 (fl 112), se dispuso vincular al contradictorio a la AFP Porvenir S.A. que al contestar la demanda, se opuso a la prosperidad de las peticiones. Aceptó únicamente la fecha de natalicio de la accionante. De los demás hechos dijo que no son ciertos o no le constan. 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. Para enervar las peticiones, sostuvo que no hay lugar a declarar la nulidad del acto jurídico, pues se cumplió con la obligación de información en los términos establecidos en la ley para la fecha del traslado. Además la demandante, persona capaz suscribió el formulario correspondiente y omitió su deber de informarse sobre las consecuencias de su decisión (fls. 136 a 146).

Por auto de 10 de septiembre de 2021, se tuvo por no contestada la demanda por parte de la convocada a juicio Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías (fl. 178).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 30 de marzo de 2022 (expediente fls. 226), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia al traslado que hiciere la demandante a través de la AFP Colfondos S.A., el 15 de agosto de 1997 y de contera el traslado efectuado a las demás administradoras pensionales, traslados horizontales a las demás administradoras pensionales, por las razones antes expuestas

SEGUNDO: CONDENAR a Colfondos S.A, y Porvenir S.A., a devolver a Colpensiones, la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades que tenga cada una en su poder en la actualidad, por lo expuesto precedentemente.

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a tener como afiliada a la actora, recibir los dineros referidos en el numeral anterior y actualizar la historia laboral de la demandante, conforme a lo antes visto.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas, conforme se indicó en la parte considerativa del fallo.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada Colfondos S.A., inclúyase como agencias en derecho en esta instancia, el equivalente a \$1.000.000 de pesos.

SEXTO: por haber sido condenada COLPENSIONES y fungir la nación como garante, remítase el proceso al Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta en su favor.

SÉPTIMO: por secretaria, remítase copiad de esta sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo establece el Artículo 48 de la ley 2080 de 2021.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no acreditó haber suministrado a la actora la información necesaria y relevante que le permitiera tomar la decisión de trasladarse con pleno conocimiento de las implicaciones del traslado conforme a sus circunstancias personales.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

Colpensiones argumentó que no se dan los presupuestos facticos ni jurídicos para declarar la ineficacia, debido a que la demandante se encuentra inmersa en la provisión establecida en la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, permaneció vinculada por más de 20 años al RAIS y realizó traslados horizontales. Arguyó que no se niega el derecho a la pensión. Alegó que la decisión impacta la sostenibilidad financiera del sistema, pues la demandante no aportó al fondo común.

La AFP Porvenir S.A. aspira que se revoque la decisión, al argumentar que no es posible exigir acreditar requisitos diferentes a los exigidos para la época del traslado consistentes en la suscripción del formulario y la asesoría verbal. Sostuvo que el traslado de régimen y los posteriores cambios horizontales se adelantaron voluntariamente. Mencionó que no es dable ordenarle trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los respectivos rendimientos financieros, pues trasladó a Colfondos oportunamente todos los valores que reposaban en la cuenta de ahorro individual.

Señaló que es inviable la devolución de gastos de administración, pues estas sumas fueron descontadas y aplicadas conforme lo dispone la ley, para compensar la gestión de la AFP la que ha generado rendimientos que incrementaron el saldo de la cuenta individual, que también se ordena trasladar con lo cual se presentaría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde en esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional. Por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que opten por las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 Decreto 656 de 1994, estipula que *“En su calidad de administradoras del régimen de ahorro individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, radicado 31.989 de 2008, CSJ SL 19.447 de 2017 y CSJ L 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito

sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia CSJ SL1688 de 2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. También en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, se establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

La actora se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 1 de junio de 1995, según reporte generado por Colpensiones (fl. 34 a 36), migró al RAIS, a través de la AFP Colfondos S.A. el 15 de julio de 1997, mediante la suscripción de formulario de afiliación a folio 19, en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. COLFONDOS PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS AQUÍ PROPORCIONADOS SON VERDADEROS.

Posteriormente, se trasladó horizontalmente a Colpatria S.A. el 1 de septiembre de 1999, a Horizonte el 29 de septiembre de 2000 y a partir del 1 de febrero de 2006 y adelante se vinculó a Colfondos conforme certificado emitido por Asofondos (fl. 37cd) y comunicación emitida por Colfondos de folio 37.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante relató que para la época del traslado se vinculó a la «*Empresa de Teléfonos de Bogotá*» como docente para el colegio Tomas Alba Edison, allí se presentaron asesores de varios fondos quienes realizaron una reunión informal que no se extendió más allá de 15 minutos, le informaron que ya no eran beneficiaria de la ley 50 si no de la ley 100, que el Seguro Social iba a desaparecer, por tanto le convenía pasarse a un fondo privado para obtener mayores beneficios, entre ellos. pensionarse en el momento que quisiera y en caso de fallecer

ese monto de pensión se le daría a la persona que se indicara, pero no le explicaron los pormenores del régimen. Refirió que se trasladó a Colpatria con la promesa que le serían recuperadas las cotizaciones realizadas al ISS. Aseguró que no retornó a Colpensiones por las promesas que le hicieron los fondos, que cuando tuvo la intención de hacerlo le informaron que no era posible en razón de la edad y que ahora pretende el cambio por la diferencia en la mesada pensional. Señaló que la ilustración que tiene del régimen se la proporcionó un amigo.

De cara a los medios de prueba mencionados para esta Sala la AFP Colfondos S.A., incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer al afiliado los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. (CJS SL 5686-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha AFP faltó a su deber de información, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia, lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco

puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360-2019).

Ahora, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, 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 debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, la AFP Colfondos S.A. administradora en la cual se encuentra actualmente vinculada la demandante, deberá entregar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, junto con los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia será modificada en este punto. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020), razón por la cual la sentencia será adicionada en este punto.

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Porvenir S.A. de devolver las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en

seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo, dado que la declaración de ineficacia la obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020). En consecuencia la sentencia será modificada y adicionada también en este punto.

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión, por ello, la sentencia será adicionada en este punto.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 30 de marzo de 2022, el cual quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. 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. **CONDENAR** la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo. 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: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no

previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



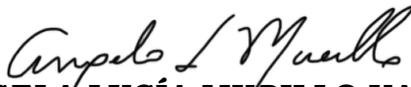
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada Aclaración de voto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 13 2019 00478 01
DEMANDANTE: RODRÍGO GÓMEZ FERNÁNDEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., SKANDIA
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS S.A., Y LA LLAMADA EN GARANTÍA
MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A., Protección S.A., Skandia y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 6 de abril de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare la «nulidad/rescisión» del traslado del régimen de prima media (RPM) al régimen de ahorro individual (RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A. realizado en febrero de 1999. En consecuencia, ordenar a la AFP anular los registros de afiliación y trasladar a Colpensiones el saldo de la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y el valor cotizado al fondo de garantía de pensión mínima. Ordenar a la última a reactivar la afiliación y actualizar la historia laboral. Asimismo, se disponga a las demandadas pagar los

derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, y las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 2 de septiembre de 1960, se afilió al régimen de prima media el 1 de marzo de 1980, cotizó al ISS 693 semanas. El 8 de febrero de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A., posteriormente cambió a Protección S.A. Adujo que no recibió información sobre las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, tampoco sobre los riesgos y consecuencias del traslado. Finalmente, que presentó reclamación administrativa ante Colpensiones (expediente, fls. 2 a 38, 190 reforma demanda).

La AFP Protección S.A rechazó las peticiones del escrito inaugural. Admitió la data de nacimiento del actor y la afiliación actual a esa AFP. De los demás hechos dijo que no son ciertos o no le constan. 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 las demás declarables oficiosamente. En su defensa, sostuvo que no hay lugar a declarar la nulidad del acto jurídico, pues el formulario de afiliación fue suscrito voluntariamente por el demandante, persona plenamente capaz quien ratificó su intención de permanecer en el RAIS con los traslados horizontales (expediente fls. 62 a 70).

Colpensiones se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió la data de natalicio del accionante, la vinculación a prima media, el traslado a la AFP Porvenir S.A., la vinculación a Protección y la reclamación administrativa. Manifestó que no le constan los hechos restantes. Formuló las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y las demás declarables oficiosamente. En defensa de sus intereses, manifestó que no intervino en el acto jurídico cuestionado y que la sostenibilidad financiera del sistema puede verse afectada al permitir que personas que no han contribuido al fondo común puedan obtener el reconocimiento de una prestación del mismo, máxime cuando se

encuentra incurso en prohibición legal para retornar a RPM (expediente fls. 123 a 129).

La AFP Porvenir S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Dijo que los hechos no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y las demás declarables oficiosamente. En su defensa argumentó que actuó al amparo del régimen jurídico y de buena fe, por ello cada uno de sus afiliados ha ejercido el derecho a seleccionar el RAIS de forma voluntaria (expediente fls. 155 a 188).

Por auto de 9 de marzo de 2021 (FL. 201), se dispuso vincular a la AFP Old Mutual Administradora de Pensiones y Cesantías S.A.- Skandia S.A., que al rechazó la prosperidad de las pretensiones incoadas en el escrito inaugural. Manifestó que ninguno de los hechos le consta. Formuló las excepciones, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participo ni intervino en el momento de la selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y las demás declarables de oficio. En su defensa, argumentó la inexistencia de causales de nulidad y expuso que cumplió con la obligación de brindar información bajo los parámetros legales y jurisprudenciales (expediente fls. 207 a 214).

La AFP Skandia S.A., llamó en garantía a la Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., en virtud del contrato de seguro provisional suscrito para amparar los riesgos de invalidez y muerte de los afiliados al fondo, materializado en la póliza No. 9201411900149 del 28 de diciembre del 2012 (fls 217 a 230). Al contestar la demanda inicial la aseguradora se opuso al éxito de las peticiones. Manifestó que los hechos no le constan.

Propuso las excepciones de: el acto jurídico de afiliación al RAIS fue debidamente informado y las decisiones tomadas por el demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad” sin estar en mediados y/o determinados por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitos y válidos, legalmente el demandante se encuentra inhabilitado para trasladarse de régimen pensional y las demás declarables oficiosamente.

Al dar respuesta al llamamiento en garantía se opuso a las pretensiones. Admitió la totalidad de los hechos. Como excepciones propuso las que denominó: *«Frente a la acción material ejercida por la parte demandante “Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.” carece de amparo y/o cobertura, pues, el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado frente a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.», «Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía a efectuar devolución de la prima, ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente devengada y los riesgos estuvieron efectivamente amparados», «a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante “Skandia Adminsitadora de Pensiones y Cesantía S.A.” y, por lo mismo no está obligada a restitución alguna», inexistencia de derecho contractual “Skandia Administradora de Pensiones y Cesantía S.A.”, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y las demás declarables oficiosamente.*

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 6 de abril de 2022 (expediente fls. 260 a 262), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que hiciera el demandante a la AFP Porvenir S.A., el 8 de febrero de 1999, con efectividad el 1 de abril de 1999, y

de contera todos los demás traslados horizontales efectuados a Horizonte, Porvenir, ING, Old Mutual y Protección. Por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR A Porvenir S.A., Protección S.A., y Skandia S.A., a devolver a COLPENSIONES, la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades que tenga cada una en su poder en la actualidad, por lo expuesto precedentemente.

TERCERO: CONDENAR A COLPENSIONES a tener como afiliado al señor demandante, recibir los dineros referidos en el numeral anterior y actualizar la historia laboral del demandante, conforme a lo antes visto.

CUARTO: DECLARAR NO PORBADAS las excepciones propuestas, conforme se indicó en la parte considerativa del fallo.

QUITO: CONDENAR en costas a la demandada Porvenir S.A. en favor del demandante, inclúyanse como agencias en derecho en esta instancia, la suma de \$1'000.000 de pesos.

SEXTO: DECLARAR PROBADA la excepción de inexistencia de derecho contractual por parte de Skandia propuesta por Mapfre Colombia Vida Seguros como llamada en garantía de Skandia S.A.

SÉPTIMO: ABSOLVER a Mapfre Colombia Vida Seguros como llamada en garantía de Skandia S.A., de todas las pretensiones incoadas en su contra, por lo expuesto precedentemente.

OCTAVO: por haber sido condenada COLPENSIONES y fungir la nación como garante, remítase el proceso al Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

NOVENO: por secretaría, remítase copia de esta sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, como lo dispone el artículo 48 de la ley 2080 de 2021.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP Porvenir no acreditó haber cumplido con el deber de brindar al potencial afiliado información que le permitiera efectuar el traslado de régimen con plena libertad, por lo que procede declarar la ineficacia deprecada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

Colpensiones reclama la revocatoria de la sentencia al argumentar que el traslado de régimen se realizó de manera voluntaria, así el demandante ejerció el derecho de elección de régimen pensional y luego se abstuvo de indagar sobre su futuro pensional y la conveniencia de cada régimen. Puso de presente que el actor aceptó conocer aspectos esenciales

del RAIS y haber recibido extractos, pese a ello se abstuvo de trasladarse en el término previsto en la ley. Señaló que el traslado ordenado atenta contra el principio de la sostenibilidad financiera, dado que la entidad tendría que reconocer prestaciones a quien no ha contribuido al fondo común.

La AFP Porvenir S.A. aspira que se revoque la decisión, en tanto no se demostró la configuración de algún vicio del consentimiento al momento de suscribirse el formulario que materializó el traslado de régimen, documento que no fue tachado o desconocido. Precisó que la voluntad de permanecer en el RAIS fue ratificada con las cotizaciones y traslados horizontales y el no ejercicio del derecho de retracto que fue plenamente respetado. Precisó que el actor se encuentra incurso en prohibición de retornar a RPM en razón de la edad y la inconformidad en el monto de la mesada no es argumentó válido para solicitar la ineficacia de la vinculación al RAIS

De otra parte rechazó la devolución de gastos de administración, pues estas sumas fueron descontadas por mandato legal, mantuvieron cubierto al actor frente a las contingencias de invalidez y muerte, compensaron la gestión de la AFP que generó rendimientos en la cuenta individual, los que adicionalmente se ordena retornar. Señaló que estos recursos no integran el capital con el que se financiará la pensión por ello son susceptibles de prescribir. De igual manera mencionó que se configuraría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones.

La AFP Protección S.A., reclama revocar la decisión en tanto dispuso condenarla a trasladar a Colpensiones los dineros correspondientes a gastos de administración, como quiera que se estaría generando un enriquecimiento injusto por parte de Colpensiones quien recibiría dineros no destinados a financiar la pensión de vejez. Puso de presente que estas sumas fueron descontadas por mandato legal y cumplieron unas finalidades específicas como lo son la contraprestación a la administración que produjo rendimientos.

AFP Skandia S.A. implora revocar la decisión en cuanto la condenó a trasladar gastos de administración, ya que Skandia el 16 de febrero de 2015, envió todos los recursos que tenía a su disposición a la AFP Protección S.A., Arguyó que de confirmarse la sentencia debe tenerse en cuenta que sobre estos rubros opera el fenómeno extintivo de la prescripción en virtud de la relación contractual que surge entre la AFP y la aseguradora, esta que es diferente a la que surge entre el afiliado y la administradora. De otra parte, alegó que no es procedente absolver a Mapfre, pues los pagos por concepto de primas de seguros, que el Juzgado ordena devolver, fueron girados a esta aseguradora.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde en esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las

entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

V. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas el actor se afilió al ISS el 1 de marzo de 1980 (fl 129), migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A. el 8 de febrero de 1999, con la suscripción de formulario de afiliación (fl. 13), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE REALIZO DE FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, ASÍ COMO LA SELECCIÓN DE LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. PARA QUE SEA LA ÚNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES TAMBIÉN DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS

Posteriormente cambió horizontalmente a la AFP Horizonte el 1 de septiembre de 2001, a AFP Porvenir S.A., el 1 de mayo de 2004, a ING S.A. el 1 de febrero de 2006, a la AFP Porvenir S.A. el 1 de junio de 2010, retornó ING S.A. el 1 de septiembre de 2011, a partir del 1 de enero de 2013 a Old Mutual, desde el 1 de diciembre de 2014 y en adelante a la AFP Protección (fl. 73).

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante manifestó que para la época del traslado en la universidad que laboraba en la «UDCA» allí llegaron asesores de las diferentes AFP para informar sobre el nuevo sistema pensional, una ejecutiva de Porvenir, le informó que ante la crisis que atravesaba el ISS era posible que desapareciera, entre tanto al trasladarse RAIS su bono pensional sería tramitado, que podría pensionarse de manera anticipada una vez reuniera el capital suficiente, también que podía mejorar la mesada pensional realizando aportes voluntarios. Refirió que no le explicaron que existían diferentes modalidades de pensión. Señaló que se trasladó entre administradoras convencido que iba a obtener mejor pensión. Confesó que el monto de la pensión es la razón que motiva su interés de retornar a régimen de prima media con prestación definida.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que

le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Importa señalar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En el mismo sentido, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero.

En consecuencia, resulta evidente que Porvenir faltó a su deber de información, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia, lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360-2019).

Ahora, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, 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 debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente, es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por tanto, Protección S.A. administradora a la cual se encuentra actualmente afiliado el demandante, deberá devolver a Colpensiones el

capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia se modificará en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a las AFP Porvenir S.A., y Skandia S.A. de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo, dado que la declaración de ineficacia impone la devolución de dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). En consecuencia, la sentencia será modificada en este aspecto. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios

de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 y CSJ SL373-2021, entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VI.DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 6 de abril de 2022, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a

conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. 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. CONDENAR Porvenir S.A y Old Mutual Skandia a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo. 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 la sentencia apelada en el sentido de indicar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Aclaración de voto
013 2019 00478 01



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 15 2020 00081 01
DEMANDANTE: LUZ STELLA SUAREZ DE ACERO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y BANCO BILBAO VIZCAYA
ARGENTARIA BBVA COLOMBIA S.A. -

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandas contra la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 9 de junio de 2021.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió proceso ordinario laboral para que se declare que trabajó desde el 4 de julio de 1960 hasta el 30 de septiembre de 1986 en el Banco Ganadero hoy Banco BBVA. En consecuencia, se condene a la entidad financiera a pagar el «bono pensional» correspondiente al periodo en que estuvo vigente el vínculo laboral. Se condene a Colpensiones a reliquidar la pensión de vejez reconocida mediante Resolución n.º 004182 de 1993, pagar debidamente indexado el retroactivo pensional generado hasta que la novedad sea incluida en la nómina, a razón de catorce mesadas al año. Así mismo, los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 18 de enero de 1938, cumplió 60 años el 18 de enero de 1993. Refirió que prestó servicios al Banco Ganadero hoy Banco BBVA desde el 4 de julio de 1960 hasta el

30 de septiembre de 1986. Su salario promedio de cotización en el último año asciende a \$291.000. El 2 de febrero de 1993, solicitó al Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, en respuesta, la entidad mediante Resolución n.º 004182 de 1993 otorgó la prestación al amparo del Decreto 758 de 1990, a partir del 18 de enero de la misma anualidad, en cuantía inicial de \$81.510, teniendo en cuenta un ingreso base de liquidación de \$87.300, una tasa de remplazo del 72% y 976 semanas correspondientes al periodo comprendido entre el 15 de abril de 1968 y el 1 de octubre de 1986.

Refirió que el 8 de mayo de 2018, solicitó a Colpensiones reliquidar la pensión, pero la administradora contestó negativamente mediante Acto Administrativo SUB 177346 del 30 de junio de 2018. Inconforme, interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación y solicitó inicial accione de cobro en contra de BBVA; no obstante, Colpensiones confirmó su decisión inicial (fls. 3 a 14 y 81 a 87 subsanación)

Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A. BBVA COLOMBIA se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió que la demandante prestó servicios al Banco desde el 4 de julio de 1960 hasta el 30 de septiembre de 1986. De los demás hechos dijo que no le constan. Propuso la excepción previa de cosa juzgada y las de mérito de *«imposibilidad de crea en cabeza del ex empleador demandado Banco Ganadero hoy BBVA una obligación retroactiva por inconstitucional y por atentar contra el principio de seguridad jurídica postulado básico de un estado de derecho»*, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe de la demandada y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que en favor de la actora realizó aportes al Instituto de Seguros Social en pensiones en cuanto este inició la cobertura en el lugar de prestación del servicio, esto es, la ciudad de Villavicencio. Puso de presente que la relación laboral terminó por mutuo acuerdo mediante la suscripción de un acuerdo conciliatorio (fl. 135 cd).

Colpensiones rechazó las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la demandante, la solicitud y el reconocimiento de la pensión de vejez, la

petición de reliquidación y la respuesta negativa. Formuló las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y las declarables de oficio. Para enervar las pretensiones argumentó que reconoció la prestación sobre los periodos reportados por el empleador (fls. 139 a 142).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 9 de junio de 2021, resolvió:

PRIMERO: CONDENAR al demandado Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A. al pago a favor de la señora demandante Luz Stella Suarez de Acero del cálculo actuarial por el periodo comprendido entre el 4 de julio del año 1960 y el 14 de abril del año 1968, el cual se obtendrá o liquidará teniendo en cuenta los salarios que obran a folio 33 de plenario de los sueldos conforme se expuso en la parte motiva.

Igualmente, este cálculo actuarial deberá ser cancelado junto con la demandada, en forma conjunta entre Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A y la señora demandante en los porcentajes que para cada momento haya dispuesto nuestra legislación a cargo tanto del trabajador como del empleador. Todo lo anterior conforme se expuso en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones al reconocimiento y pago a favor de la señora demandante de la pensión de vejez reconocida mediante Resolución n.º 4182 del 28 de junio del año 1993, en un valor que corresponderá como primera mesada la suma de \$400.476 y no al valor allí erróneamente reconocido de salario mínimo de \$81.510. Ordenando pagar las correspondientes diferencias en las mesadas pensionales que se han venido causando entre el valor inicialmente reconocido y el que se está disponiendo por esta providencia, debidamente indexado.

A la mesada que se está reconociendo se le deberán hacer los incrementos legales que ha dispuesto el gobierno nacional año a año hasta su inclusión en nómina con el valor que corresponda y se pagarán estas diferencias en 14 mesadas anuales al año, conforme la pensión fue reconocida inicialmente a la señora demandante, conforme se expuso en la parte motiva

TERCERO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción sobre las diferencias en las mesadas pensionales

causadas con anterioridad al 5 de mayo de 2015, ordenando pagar las mismas efectivamente a partir del 5 de mayo de 2015, hasta su momento efectivo de inclusión en nómina con el valor que corresponda al momento de la inclusión.

CUARTO: AUTORIZAR a la Administradora colombiana de Pensiones Colpensiones para que de dicho retroactivo descuente lo correspondiente a la suma que le corresponda pagar a la señora Luz Stella Suarez de Acero, por efecto o consecuencia de su cuota parte que debe responder respecto del cálculo actuarial, ordenado en el numeral primero de la presente providencia entre el 4 de julio de 1960 y el 14 de abril de 1968, para facilitar el pago del mismo, de este retroactivo que se genere al momento del pago de esta diferencias se descontará el valor que corresponda a cargo de la señora Luz Stella Suarez de Acero del citado cálculo actuarial.

QUINTO: CONDENAR en costas a las partes demandadas para el efecto se fijan como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2021, a cargo de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A. a favor de la señora demandante. Cinco salarios mínimos mensuales vigentes para el año 2021, a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones conforme se expuso en la parte motiva.

SEXTO: Si la presente sentencia no fuere impugnada y dada la naturaleza jurídica de Colpensiones se remitirán las diligencias al superior para efectos para que se revisen en el grado jurisdiccional de consulta.

Por último, se dispone incorporar la hoja de Excel que contiene la liquidación de la pensión al expediente digitalizado para que sea conocido por el superior.

En lo fundamental señaló que el empleador está obligado a reconocer las cotizaciones aun en el evento en que para la época no existiera cobertura del Instituto de Seguro Social en el lugar de prestación de servicio y sin perjuicio que la prestación de vejez ya haya sido otorgada. De otro lado. estimó que el Instituto de Seguros Sociales debió indexar el salario desde 1986, cuando terminó la relación laboral hasta el año 1993 cuando se reconoció el derecho y a este aplicar la tasa de remplazo del 90% como quiera que la actora prestó servicios por más de 1250 semanas; empero lo que hizo fue reconocer la pensión en suma equivalente al salario mínimo de 1993.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas interpusieron recurso de apelación.

Banco Bilbao Vizcaya Argentaria BBVA Colombia S.A. solicita revocar la sentencia en cuanto la condenó a pagar cálculo actuarial por el periodo comprendido entre el 4 de julio de 1960 y el 14 de abril de 1968, pues si bien la Corte Suprema tiene una postura elaborada sobre la obligación de pagar cuando no había cobertura, en el presente asunto, en la mayor parte del periodo el Instituto de Seguro Social no siquiera existía en pensiones y por tanto el empleador no estaba llamado a hacer provisiones. Argumentó, que no actuó con negligencia, siempre acató la Constitución y la ley aplicable para la época y 53 años después es sorprendido con que deben cotizaciones, con lo cual se vulneran totalmente los principios del Estado Social de Derecho.

Señaló que el 6 de octubre de 1986, el Banco y la demandante firmaron un acuerdo mediante el cual conciliaron todas sus diferencias y pusieron fin a la relación laboral. Aquí expuso que conforme a una sentencia de la Corte se debió desestimar la reclamación de la demandante, pues al conciliar dispuso de sus derechos con plena validez

Expuso que el pago del cálculo actuarial, solo es viable en eventos en los cuales el trabajador no alcance a configurar el derecho a la pensión, situación que no se configura en el presente asunto, en el cual se ordena la reliquidación de la prestación. Subsidiariamente, solicitó que, de confirmarse la condena, se abstenga de ordenar el pago de mora, pues no actuó negligentemente y han transcurrido 61 años, por tanto, este concepto resulta muy elevado. Para soportar esta petición invocó la sentencia SL 044-2021.

Colpensiones imploró revocar la sentencia en cuanto ordenó indexar la primera mesada pensional, como quiera que la prestación fue reconocida con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues de conformidad con la sentencia SL 40370 de 2012 no es

procedente la actualización del ingreso base de liquidación de las pensiones legales o extralegales reconocidas con anterioridad a la vigencia del Estatuto de Seguridad Social.

IV. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a desatar los recursos de apelación según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que corresponde dilucidar si en el presente asunto es procedente ordenar el reconocimiento de cálculo actuarial por periodos laborados y no cotizados, bien porque no existía para la época el Instituto de Seguros Sociales o porque no había cobertura en la zona en la cual se prestó el servicio.

Es verdad probada que *i)* la demandante prestó servicios personales al Banco Ganadero hoy Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A. desde el 4 de julio de 1960 hasta el 30 de septiembre de 1986, *ii)* El servicio fue prestado en la ciudad de Villavicencio – Meta. *iii)* el Instituto de los Seguros Sociales llamó a inscripción para los riesgos invalidez, vejez y muerte, en esta ciudad a partir del 28 de marzo de 1968 mediante la Resolución 324 de ese año, (fl. 140 a 149 cd fl.35 contestación BBVA). *iv)* el empleador cumplió con su obligación de inscribir a su trabajadora y realizó aportes a partir del 15 de abril de 1968y hasta el 1 de octubre de 1986 (fl. 19), *v)* El instituto de Seguros Sociales mediante Resolución n.º 4182 del 28 de junio de 1993, reconoció a la accionante pensión de vejez a partir del 18 de enero de 1993, en cuantía inicial de \$81.510, al amparo de lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990 (fl 15).

Conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, se advierte que las normas llamadas a definir los efectos de la *«falta de afiliación»*, en perspectiva de la consolidación del derecho, **«son las vigentes en el momento en el que se causa la prestación reclamada»**, teniendo en cuenta que el legislador ha expedido disposiciones tendientes a solucionar esas eventualidades y a impedir que

se lesione la configuración plena de los derechos pensionales de los afiliados» (CSJ SL14388-2015).

Igualmente, tiene adoctrinado la máxima Corporación de la jurisdicción ordinaria laboral que el empleador que no afilie a su trabajador al sistema de seguridad social, incluso debido a la falta de cobertura del ISS, debe responder por las obligaciones pensionales frente a sus trabajadores, máxime cuando se trata de períodos en que aquellas estaban a su cargo, por tanto, deben asumir el título pensional correspondiente a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez. Así lo indicó en sentencia CSJ SL9856-2014, reiterada en CSJ SL173002014, CSJ SL14388-2015, CSJ SL10122-2017, CSJ SL15511-2017, CSJ SL068-2018, CSJ SL1356-2019 y CSJ SL1342-2019, en la cual se puntualizó:

Estima esta Corte que si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de las contingencias propias del trabajo, aquella cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que ese período -en el que aquel tuvo tal responsabilidad-, no puede ser obviado o considerarse inane, menos puede imponérsele al trabajador que vea afectado su derecho a la pensión, ya sea porque se desconocieron esos periodos, o porque por virtud del tránsito legislativo ve perturbado su derecho.

Esa responsabilidad no puede entenderse como vacía, u obsoleta, por el contrario se traduce en una serie de obligaciones de quien estaba llamado a otorgar la pensión y quien si bien se subrogó no puede desconocer los periodos laborados por el trabajador.

Así se expuso en la sentencia 27475 de 24 de noviembre de 2006: «En efecto, desde la creación del Instituto de Seguros Sociales lo que se buscaba era la subrogación del ISS con relación a los riesgos laborales. Pero ello no era posible de inmediato ni en todo el territorio nacional, razón por la cual se mantuvo vigente la responsabilidad de los empleadores hasta la asunción de dichas contingencias por el ISS».

En tal sentido, en criterio de esta Corte, el patrono, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento pudo haberse liberado de la carga que le correspondía, amén de las obligaciones contractuales existentes entre las partes.

Ello es así, porque el pago del mencionado título a la entidad de seguridad social a la cual se encuentra afiliado el trabajador, tiene por finalidad cubrir esos periodos no cotizados e integrar el capital que se requiere para el reconocimiento de la prestación de vejez, es decir, su único objetivo es que se perfeccione la subrogación de un riesgo que anteriormente asumía el empleador (CSJ SL5109-2019).

Lo anterior, busca garantizar el derecho fundamental a la seguridad social de los trabajadores que no pueden verse perjudicados por la falta de cobertura del ISS, especialmente, tratándose de periodos realmente laborados y que, como tales, deben tenerse en cuenta para efectos pensionales. Por lo anterior, cuando no fue posible la afiliación, lo pertinente es que el empleador pague el título pensional para que se integre el capital que se requiere para el otorgamiento de la pensión de vejez (CSJ SL17300-2014, reiterada en CSJ SL5535-2018).

Así, el simple trabajo humano, desplegado en favor de un empleador, debe tener efectos pensionales. No puede, en consecuencia, y así sea por razones ajenas al empresario, desecharse tales tiempos, pues, se insiste, son un derecho ligado a la prestación del servicio, de índole irrenunciable. En ese horizonte se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, al definir que *«la cotización surge con la actividad como trabajador, independiente o dependiente, en el sector público o privado»* (CSJ SL 33476, 30 sep. 2008).

Paralelamente, tiene adoctrinado que los empleadores tienen a su cargo el cálculo actuarial, representado en un bono o título pensional, el cual incorpora aquellos tiempos de servicio prestado sin cobertura por parte del Instituto de Seguros Sociales (CSJ SL17300-2014, reiterada en CSJ SL5535-2018). Aquí, conviene resaltar que el cálculo actuarial *«es un mecanismo de financiación de las pensiones ideado por la Ley 100 de 1993, para prestaciones causadas durante su vigencia (CSJ SL14388-2015) sin importar si los tiempos a convalidar se prestaron antes o después de su expedición y entrada en vigencia»*. (CSJ SL5539-2019). Por tal motivo, las entidades de seguridad social a efectos de reconocer pensiones, incluso en aplicación del régimen de transición pueden tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado (CSJ SL9856-2014 y CSJ SL068-2018).

Al amparo de las anteriores reflexiones, en el presente caso no es posible condenar al Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia - BBVA. a

reconocer un cálculo actuarial por el tiempo en que la demandante le prestó servicios y no hubo afiliación al ISS, por no existir la entidad y posteriormente por no haberse ordenado la cobertura, pues la convalidación de tiempos mediante el pago de un título pensional nace con la Ley 100 de 1993, y la prestación de vejez de Suarez de Acero se causó y reconoció con anterioridad, esto es, el 18 de enero de 1993 (fl. 15). Asilas cosas en el presente asunto no hay lugar a tener en cuenta a efectos de reconocer o reliquidar la pensión de vejez el tiempo en que la actora prestó servicios a empleadores que no cotizaron al ISS, sin que ello implique el desconocimiento de sus derechos pensionales como quiera que desde enero de 1993, disfruta de la prestación de vejez.

Al amparo de las anteriores reflexiones resulta forzoso revocar la sentencia en cuanto condenó al demandado Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia – BBVA a reconocer cálculo actuarial, para en su lugar absolverlo de las pretensiones elevadas en su contra y de pagar costas de primera instancia y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

De otra parte, el Juzgado consideró que era viable la reliquidación de la pensión en el entendido que el Instituto de Seguros Sociales no actualizó el salario base de liquidación desde la data en que se realizó la última cotización hasta el momento a partir del cual se otorgó la pensión de vejez.

Frente al punto, recuerda la Sala que la indexación de la primera mesada pensional se fundamenta en preceptos constitucionales orientados a mantener el poder adquisitivo de la pensión, para proteger el derecho al mínimo vital de las personas de la tercera edad y garantizar que los pensionados reciban una prestación acorde al esfuerzo realizado en su etapa productiva, por tanto, esa prerrogativa opera para todas las pensiones, sin importar si son de naturaleza legal o convencional y, tampoco si se causaron o no en vigencia de la Constitución Política de 1991. Así lo tiene sentado, tanto la Corte Constitucional (sentencias SU-1073 de 2012 y SU-131 de 2013) y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL 736 -2013).

Claro lo anterior, en el asunto bajo examen, se encuentra demostrado que la demandante prestó servicios a al Banco Ganadero hoy BBVA Colombia desde 4 de julio de 1960 hasta el 30 de septiembre de 1986. El derecho a la pensión se causó el 18 de enero de 1993, data en la que alcanzó 55 años de edad y contaba con más de 500 semanas cotizadas. Circunstancias, que permiten concluir que entre el retiro del trabajador y el reconocimiento de la pensión medió espacio de tiempo en el que el dinero sufrió pérdida de valor adquisitivo por lo que procede la indexación de la primera medada.

Pues bien, es un hecho probado que el Instituto de Seguros Sociales reconoció a la demandante pensión de vejez en aplicación directa del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990 (fl. 15), norma que dispone en su artículo 20 que salario mensual de base se obtiene multiplicando por el factor 4.33, la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó el trabajador en las últimas cien (100) semanas y que el factor 4.33 resulta de dividir el número de semanas de un año por el número de meses.

Realizadas las validaciones correspondientes se determinó que el salario base de la demandante establecido con los salarios devengados entre el 1 de octubre de 1984 y el 1 de octubre de 1986 asciende a \$87235, es decir, una cifra idéntica a la determinada por el *a quo* y ligeramente superior a la establecida por la entidad en el Acto Administrativo n.º 4182 de 1993, que lo fue de 87.300,

Centésima parte de los salarios de las 100 últimas semanas	\$ 20.146,74
Factor	4,33
Valor del IBL 1986	\$ 87.235,38

Al actualizar el salario promedio de las últimas 100 semanas a la fecha de causación del derecho, 18 de enero de 1993, se obtiene como base de liquidación la suma de \$ \$ 444.973,77. Entonces, atendiendo a que la promotora del juicio prestó servicios por espacio de 963 semanas (fl 15), la tasa de reemplazo a aplicar es el 72%., que arroja como mesada

inicial para enero de 1993 de \$320.381 esto es una suma una suma inferior a la determinada por el Juez de primera instancia, que resulta lógico, pues la tasa de remplazo disminuyó del 90% al 72% como quiera que no se toma en consideración el periodo en que el empleador no efectuó aportes, por las razones que se explicaron en el aparte correspondiente.

Tabla Actualización (indexación) mesada pensional				
Valor del IBL a:	IPC Inicial	IPC Final	Factor de indexación	Valor del IBL Actualizado
1986				1993
\$ 87.235,38	2,38	12,14	5,101	\$ 444.973,77
Valor del IBL a 1993				\$ 444.973,77
Tasas de reemplazo				72,00%
Valor de la mesada a 1993				\$ 320.381,11

Ahora, es evidente que tal como explicó el Juez de conocimiento la entidad no actualizó el salario promedio del último año a la fecha de causación del derecho, sino que se limitó a tomar dicha suma para el año 1993 y por encontrarla inferior al salario mínimo reconoció la pensión en esta proporción, en \$81.510. En consecuencia, la Sala modificará la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la demandada reconocer y pagar como primera mesada pensional la suma de \$320.381 y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

De otro lado, a la actora le fue reconocida una pensión de vejez mediante Resolución n.º. 4182 del 28 de junio de 1993 (fl 15), que no fue objeto de reproche. Ahora, la reclamación administrativa que suplica la reliquidación de la pensión, fue presentada el 8 de mayo de 2018 (fl. 19) y negada mediante Resolución SUB 177346 del 30 de junio de 2018, notificada el 4 de julio de la misma anualidad (fl18 a 22) y la presente demanda ordinaria fue interpuesta el 24 de febrero de 2020 (fl. 78), es decir, dentro del término trienal previsto en las normas sustantivas y procesales del trabajo y la seguridad social. En consecuencia, las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 8 de mayo de 2015 se encuentran prescritas, tal como acertadamente concluyó el juez de primera instancia.

Bajo este entendido la demandada deberá cancelar las diferencias que se han generado entre la pensión que viene reconociendo y las mesadas pensionales no prescritas se determinar para cada anualidad así:

Desde	Hasta	Incremento	Mesada calculada
8/05/2015	31/12/2015	0,00%	\$ 2.799.597
1/01/2016	31/12/2016	5,75%	\$ 2.368.462
1/01/2017	31/12/2017	4,09%	\$ 2.465.332
1/01/2018	31/12/2018	3,18%	\$ 2.543.730
1/01/2019	31/12/2019	3,80%	\$ 2.640.392
1/01/2020	31/12/2020	1,61%	\$ 2.682.902
1/01/2021	31/05/2021	1,61%	\$ 2.726.097
1/01/2022	301/07/2022	5.62	\$2.879.304

Como quiera que la demandada no está llamada a sufrir las consecuencias negativas de la pérdida de valor adquisitivo del dinero por el paso del tiempo, la demandada deberá pagar debidamente las mesadas pensionales desde que cada una se hizo exigible hasta que se verifique el pago de la obligación. En el mismo sentido, en el entendido que la pensión se causó antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, ha de ser pagada a razón de 14 mesadas al año.

Finalmente, conforme a lo consagrado en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el artículo 42 inc. 3º del Decreto 692 de 1994, la demandada se encuentra autorizada a efectuar descuentos de la suma reconocida como retroactivo pensional, por el valor constitutivo de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud a cargo de la demandante, a partir de la fecha del disfrute de la prestación económica, con el fin de que sea transferido a la E.P.S. a la que se encuentre afiliado (SL2376-2018).

Sin costas en la apelación.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral primero de la sentencia proferida el 9 de junio de 2021 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar ABSOLVER al demandado Banco Bilbao Vizcaya Argentaria BBVA Colombia S.A. de las pretensiones elevadas en su contra.

SEGUNDO: MODIFICAR el punto segundo de la sentencia de primera instancia el cual quedará del siguiente tenor: CONDENAR a Colpensiones a reconocer a la demandante como primera mesada pensional para el 18 de enero de 1993, la suma de \$320.381. En consecuencia, a pagar debidamente indexadas las diferencias que se han generado entre las mesadas que ha cancelado y las determinadas en esta providencia a razón de 14 mesadas en cada anualidad, con los reajustes decretados por el Gobierno Nacional año a año. Para el efecto la entidad tendrá como mesadas las siguientes:

Desde	Hasta	Mesada calculada
8/05/2015	31/12/2015	\$ 2.799.597
1/01/2016	31/12/2016	\$ 2.368.462
1/01/2017	31/12/2017	\$ 2.465.332
1/01/2018	31/12/2018	\$ 2.543.730
1/01/2019	31/12/2019	\$ 2.640.392
1/01/2020	31/12/2020	\$ 2.682.902
1/01/2021	31/05/2021	\$ 2.726.097
1/01/2022	30/07/2022	\$2.879.304

TERCERO: REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia analizada para en su lugar absolver a la demandada de responder, por parte

del cálculo actuarial, conforme a lo decidido en el numeral primero de esta sentencia y lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

CUARTO: REVOCAR el numeral quinto de la sentencia del *a quo* en únicamente en cuanto condeno a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria a pagar costas del proceso para en su lugar absolverla por este concepto.

QUINTO: CONFIRMAR en los demás la sentencia apelada.

SEXTO: Sin COSTAS en la instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA/LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

salvamento de voto parcial



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 16 2014 00227 02
DEMANDANTE: RUTH IRIARTE VARELA
DEMANDADO: CORPORACIÓN HOSPITALARIA JUAN CIUDAD,
CUIDADOS PROFESIONALES COOPERATIVA DE
TRABAJO ASOCIADO, LIBERTY SEGUROS DE VIDA
S.A. Y EQUIDAD SEGUROS GENERALES

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por la demandante y las demandadas Corporación Hospitalaria Juan Ciudad y Equidad Seguros Generales contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 14 de abril de 2021.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió proceso ordinario laboral para que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la demanda Corporación Hospitalaria Juan Ciudad desde el 1 de octubre de 2007 hasta el 4 de abril de 2012. Que se declare solidariamente responsables a Cuidados Profesionales Cooperativa de Trabajo Asociado y Liberty Seguros S.A. Se declare que las condenas deben ser liquidadas con un salario de \$1.718.595 *«a razón de un salario promedio de \$1.117.786 más el 53.75% por concepto de descuentos no autorizados mensualmente»*. En consecuencia se condene a las demandadas pagar prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social integral. A pagar indemnización por terminación del contrato con justa causa imputable al empleador, sanción moratoria, sanción por no consignación

de cesantías a un fondo. Se ordene la devolución del 53.75% descontado mensualmente del salario por la Cooperativa Cuidados Profesionales «*teniendo como mínimo una asignación mensual de \$902.773 o cuanto más probado*», la devolución de los descuentos realizado mensualmente por concepto de auxilio de transporte y alimentación. Se ordene a las demandadas pagar las condenas debidamente indexadas. Se compulsen copias al Ministerio de Protección social para que imponga multa prevista en la Ley 1429 de 2010 a la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad. Así mismo, a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 1 de octubre de 2007, empezó a prestar servicios, al Hospital Universitario Mayor Méderi perteneciente a la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad, a través de la Cooperativa de Trabajo Cuidados Profesionales, como auxiliar de enfermería, hasta el 4 de abril de 2012. Dentro de sus funciones estaban las de recibo y entrega de turno, toma de signos vitales, baño de los pacientes, arreglo de unidad médica, notas de enfermería, cambio de equipos de venopunción entre otras. Cumplió horario por turnos rotativos diurnos y nocturnos ininterrumpidos de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 13:30 p.m. y los fines de semana sábado o domingo turno de 7:00 a.m. a 19:30 p.m., por orden de sus jefes inmediatos, so pena de ser despedida, debía cubrir turnos extras que al mes acumulaban mínimo 192 horas.

Devengó durante el último año un salario promedio de \$1.117.786. Mensualmente le fue descontado el 53.75% de lo devengado, para gastos del contrato y para cubrir aportes a seguridad social integral. Adujo que le fue entregado carné que la identificaba como empleada del Hospital Universitario Mayor Méderi. Sus jefes inmediatos fueron Ángela Jiménez Jefe del Departamento de Enfermería, María Eugenia Pérez Coordinadora de Clínica Quirúrgicas, Yurani Zúñiga y Esperanza Vera, Jefes Piso 4 Norte. Refirió que la Cooperativa de trabajo Asociado Cuidados Profesionales tenía dispuesta oficina dentro del hospital para elaborar los contratos. El 21 de febrero la cooperativa le exigieron firmar acta de conciliación laboral por \$50.000, la cual se negó a suscribir.

Manifestó que el 4 de abril de 2012, renunció debido a la falta de garantías laborales entre ellas, descuentos para el pago de costos del contrato, provisión horas para cubrir el pago de parafiscales y seguridad social sin su consentimiento, intermediación y tercería laboral, aumento indiscriminado de labores, falta de pago de prestaciones sociales y vacaciones, exigencia de compra de pólizas de responsabilidad civil, descuento mensual de \$290.773 por concepto de auxilios de transporte. No le fue practicado examen de egreso y a la fecha no le ha sido cancelada la liquidación final de sus acreencias. Adujo que antes de renunciar la Jefe María Eugenia Pérez le dijo que la Cooperativa estaba en quiebra. Al acudir a las instalaciones de la misma le informaron que funcionó hasta el 29 de febrero de 2012 y no sabían cómo ubicarlos.

Expuso que Cuidados Profesionales Cooperativa de Trabajo Asociado constituyó póliza de cumplimiento n.º 1655042, con Liberty Seguros a favor de la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad, que ampara las prestaciones económicas derivadas de las relaciones laborales (fls. 91 a 107).

Liberty Seguros rechazó el éxito de las aspiraciones. Manifestó no ser ciertos o no constarle los hechos de la demanda. Propuso como excepción previa la de prescripción y las de mérito de compensación, inexistencia de la obligación a cargo de la compañía de seguros por ausencia de siniestro cubierto, límite de responsabilidad de Liberty Seguros S.A. al valor asegurado, falta de legitimación por activa, prescripción y las demás declarables de oficio. En su defensa señaló que la demandante no tiene acción para demandarla, pues no es ni la asegurada, ni la beneficiaria de la póliza, que en todo caso no tiene cobertura para rubros solicitados (fls. 133 a 143 y 268 a 278 subsanación).

Corporación Hospitalaria Juan Ciudad se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó que tiene como objeto la prestación de servicios de salud, que la Cooperativa constituyó póliza de cumplimiento n.º 1655042 con Liberty Seguros S.A. a favor de la Corporación Hospitalaria y

que esta ampara las prestaciones económicas derivadas de la relación laboral con la demandante. De los demás hechos dijo que no son ciertos o no le constan. . Formuló las excepciones previas de cosa juzgada y prescripción y las de fondo de buena fe, prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de la demandada, cosa juzgada y las demás declarables oficiosamente. En defensa de sus intereses manifestó que nunca ha sostenido relación laboral con la accionante, pues nació a la vida jurídica en marzo de 2008 y suscribió contratos de prestación de servicio independientes con Cuidados Profesionales Cooperativa de Trabajo Asociado, para adelantara gestiones con total autonomía administrativa, técnica y directiva, bajo su propio riesgo y dirección y con sus propios asociados. Adujo que si la demandante ingresó a sus instalaciones lo hizo en calidad de asociada a la cooperativa (fls 229 a 246).

Corporación Hospitalaria Juan Ciudad, llamó en garantía a Listos S.A. al señalar que contrató con esta la prestación de diversos servicios según lo establece el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, por tanto este sería el único y verdadero empleador de la demandante y llamado a cubrir las obligaciones reclamadas (fls 161 y 162).

También llamó a Cuidados Profesionales Cooperativa de Trabajo Asociado al argumentar que suscribió con esta contrato de prestación de servicios para la atención de procesos y subprocesos de enfermería profesional y auxiliar, servicio farmacéutico, central de esterilización, los cuales se desarrollaron de manera autónoma e independiente, no contrató con esta cooperativa el suministro de personal (fls 168 y 169),

Finalmente, llamó en garantía a la Equidad Seguros Generales al argumentar que suscribió contrato de prestación de servicios con Cuidados Profesionales Cooperativa de Trabajo Asociado, en el documento se estipuló como obligación del contratista la de constituir póliza de cumplimiento por valor asegurado de \$150 salarios mínimos legales mensuales correspondientes al 30% del valor total de la ejecución del contrato con duración igual a la ejecución y 4 meses más. La cooperativa

tomó con la Aseguradora la Equidad Seguros Generales la póliza n.º AA 003089 a favor de la corporación hospitalaria por valor de \$69.225.000, que ampara el pago de prestaciones económicas derivadas de la relación de trabajo asociado (fls 186 y 187).

La Equidad Seguros Generales al contestar la demanda se opuso a las pretensiones. Admitió que Corporación Hospitalaria tiene como objeto la prestación de servicios en salud. Manifestó que los hechos restantes no le constan. Planteó las excepciones de inexistencia de vinculación laboral, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, cosa juzgada, prescripción. Al contestar el llamamiento, rechazó las peticiones. Aceptó que la corporación hospitalaria suscribió contrato de prestación de servicios con la cooperativa, que esta contrató póliza n.º AA 003089 a favor de Juan Ciudad. De los demás hechos del llamamiento dijo que no son ciertos. Formuló las excepciones de sujeción al contrato celebrado, límite de valor asegurado, disponibilidad del valor asegurado y las declarables oficiosamente (fls 296 a 310).

Por auto del 9 de junio de 2015 (fl 250) se designó curador *ad litem* a la Cuidados Profesionales Cooperativa de Trabajo Asociado. La accionante desistió de la demanda en contra de la cooperativa (fl 263). Mediante proveído del 30 de marzo de 2017 el Juzgado dispuso designar curador *ad litem* a la llamada en garantía Cuidados Profesionales Cooperativa de Trabajo Asociado (fl. 281), no obstante por auto del 10 de noviembre de 2017, tuvo por no contestado el llamamiento (fls 323 y 324).

El Juzgado por auto del 19 de abril de 2018 (fls. 329 y 330), dispuso declarar la ineficacia del llamamiento en garantía a la Sociedad Listos S.A. por haberse superado el término del 6 meses previsto en el artículo 66 del Código General del Proceso.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 14 de abril de 2021, resolvió:

PRIMERO: Declarar la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre la demandante señora Ruth Iriarte Valera identificada con cédula de ciudadanía n.º 51.897.858 en calidad de trabajadora y la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad en condición de empleador, vigente entre el 5 de marzo del 2008 y el 4 de abril del 2012 y que terminó por renuncia de la trabajadora.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada Corporación Hospitalaria Juan Ciudad junto a su representante legal a pagar a la demandante las siguientes sumas y conceptos

- a) Auxilio. de cesantías \$2'858.644.28.
- b) Intereses a las cesantías \$135.846.53.
- c) Compensación en dinero por concepto vacaciones \$776.020.68
- d) Prima de servicios \$1.264.484.28
- e) Indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo por un monto de \$16'473.751.20 correspondiente a los primeros 24 meses de mora y a partir del mes veinticinco, es decir, a partir del 5 de abril del 2014, deberá pagar intereses moratorios a la tasa máxima de crédito de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera y hasta que se verifique el pago de las acreencias correspondientes a prestaciones sociales condenadas en esta sentencia.
- f) Indemnización del artículo 99 de la ley 50 de 1990, por valor de \$7'831.384.66.
- g) Por la indexación de las condenas que anteceden únicamente en lo que corresponde a los valores por compensación de dinero por concepto de vacaciones y a la indemnización del artículo 99 de la ley 50 de 1990 acudiendo para estos fines a los precios del consumidor certificados por el Dane, teniendo como índices iniciales los de la fecha de terminación del contrato y como índice final en que la fecha en que se paguen las mencionadas acreencias.

TERCERO: CONDENAR a la llamada en garantía La Equidad Seguros Generales Organismo Cooperativo a pagar a la demandada Corporación Hospitalaria Juan Ciudad la suma de 4'463,104.76 correspondientes a los conceptos generados entre el 30 de octubre del 2008 y el 31 de enero del 2012 acorde al riesgo asegurado en la póliza AA003089 y a los cuales se hace referencia o los cuales corresponden a las condenas emitidas en esa sentencia litares desde la A al B, del numeral 2 de la parte resolutive

CUARTO: Absolver a las convocadas en juicio a las demás pretensiones a las que fueron acogidas según lo expuesto en la parte emotiva de la presente providencia, así mismo el juzgado no acoge las pretensiones de llamamiento en garantía que se hizo por Corporación Hospitalaria Juan Ciudad en contra de la Cooperativa de Trabajo Asociado Cuidados Profesionales.

QUINTO: Se declara probada en forma parcial la excepción de prescripción de la forma en que se precisó la parte motiva y probada la de falta de legitimación de causa propuesta por Liberty Seguros SA y no probadas las demás excepciones que fueron propuestas en este asunto, vale el resultado de la Litis.

SEXTO: Se condena en costas de la instancia a la demandada Corporación Hospitalaria Juan Ciudad y en favor de la parte demandante se dan como agencias en derecho dos salarios mínimos legales mensuales vigentes y se condena a La Equidad Seguros Generales Organismo Cooperativo a costas en favor de la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad y se señala como agencias en derecho 1 salario mínimo legal mensual vigente. Sin más condena en la instancia

En lo fundamental señaló que la demandante demostró haber prestado servicios a la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad y esta no logró probar que la cooperativa a la cual estaba vinculada hubiera actuado

de manera independiente y autogestionada. Definió que por no haber sido probado uno distinto, para efectos de liquidar las prestaciones debía tomarse en consideración el reportado como base de cotización a pensión. Consideró que la demandada no demostró haber actuado de buena fe. Señaló que la demandante no demostró las causales que al renunciar invocó y que ahora pretende hacer valer, por ello absolvió del pago de indemnización por terminación del contrato imputable al empleador. Estableció que en la póliza de seguro contratada con Liberty Seguros, no está incluida la accionante, empero en la constituida con La Equidad seguros sí.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes la demandante y las demandadas Corporación Hospitalaria Juan Ciudad y La Equidad Seguros apelaron lo resuelto.

La demandante arguyó que el Juzgado se equivocó al liquidar las condenas con el último salario, pues en el último año percibió remuneración variable así:

Mes	Salario
04/2011	\$912.62
05/2011	\$1.599.378
06/2011	\$741.168
07/2011	\$909.313
08/2011	\$1.118.273
09/2011	\$1.588.433
10/2011	\$1.545.988
11/2011	\$1.415.388
12/2011	\$909.313
01/2012	\$866.868
02/2012	\$951.758
03/2012	\$854.868

Señaló que el Juzgado sumó los últimos doce meses de salarios devengados, esto es, \$13.413.440 y dividió esta cifra en 12 meses, lo que arroja un valor mensual de \$1.117.786, 66, no obstante, tomó como base

para liquidar las condenas apenas \$686.4000, es decir una suma inferior, casi en la mitad, por tanto solicita liquidar con el salario promedio del último año todas acreencias laborales.

De otro lado, señaló que es procedente condenar a la demandada a pagar indemnización por terminación del contrato por causas imputables a la demandada, renunció por falta de garantías laborales, tales como descuentos ilegales, provisión de horas extras para cubrir el pago de seguridad social y parafiscales, falta de pago de prestaciones sociales y vacaciones circunstancias que se encuentran probadas con el dicho de los testigos y demás medios probatorios.

Refirió que la demandada también debió ser condenada a pagar auxilio de transporte, pues la remuneración no superó dos salarios mínimos. Finalmente expuso que durante la vigencia del vínculo pago el 100% de los aportes a seguridad social integral, salud, pensión y riesgos laborales, por tanto debe ordenarse a la demandada devolverle las sumas que pagó de más.

La demandada Corporación Hospitalaria Juan Ciudad imploró revocar la sentencia de primera instancia al argumentar que no es procedente declarar la existencia de un contrato de trabajo. Alegó que demostró que suscribió contrato de prestación de servicios con la cooperativa de trabajo asociado y que esta actuó de forma autónoma, autogestora y era completamente independiente. Dicha cooperativa no fue creada por la Corporación, ni en concordancia para generar sus actividades, la demandante se asoció libremente a la misma, firmó el contrato correspondiente por tanto estuvo gobernada por las normas del cooperativismo y no por las normas del Código Sustantivo del trabajo al amparo de una supuesta intermediación laboral que nunca se dio.

Adujo que los extremos temporales del vínculo determinados no son coherentes. El inicial fijado en marzo de 2008, no se compadece con la realidad, pues el contrato de prestación de servicios suscrito con Cuidados Profesionales data del 1 de mayo de 2008, cuando recibió los bienes

muebles e inmuebles que compró a la extinta Luis Carlos Galán Sarmiento. Dijo que el extremo final tampoco está demostrado, dado que fue mal interpretado lo dicho por el Representante Legal y no es posible tomar el señalado por la demandante.

De otro lado, arguyó que actuó de buena fe, pues la cooperativa ejerció sus funciones de manera autónoma y autogestora. Refirió que la Corporación de 2008 a 2012, no contaba con más de 15 trabajadores, por ello, no podía ejercer actos de señor de terceros y en consecuencia debe ser absuelta de pagar la sanción moratoria. Solicitó que de confirmarse el pago de sanción debe modificarse la forma en que fue impuesta, porque entre el momento en que supuestamente terminó el contrato de trabajo y la fecha en que se reclamó por vía ordinaria transcurrieron 24 meses y 20 días, razón suficiente para no condenar al pago de un día de salario por cada día de mora por los primeros 24 meses, tan solo a los intereses moratorios.

Señaló que es infundado condenar al pago de cesantías, interés a las cesantías, sanción por no consignación de las mismas y aportes a seguridad social, en el entendido que la accionante era asociada de la cooperativo y por tanto la Corporación no estaba obligada a cubrir tales conceptos.

La demanda La Equidad Seguros a su turno sostuvo que no se valoró adecuadamente la póliza de cumplimiento *«las condiciones generales que lo rigen teniendo en cuenta que el riesgo asegurado no era el incumplimiento del contrato laboral, ni por prestaciones sociales por parte de la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad sino el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista Cooperativa de Trabajo Asociado Cuidados Profesionales, con fundamento en contrato civil»*. Refirió que quien ostenta la calidad de afianzado es el contratista Cuidados profesionales y los beneficiarios pactados son los trabajadores.

Argumentó que no fueron considerados los extremos temporales del amparo a la luz de la declaración parcial de prescripción de los derechos causados con anterioridad al 23 de abril de 2011.

IV. CONSIDERACIONES

Conforme al recurso de apelación corresponde a la Sala determinar en primer término si en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, es posible determinar la existencia del contrato de trabajo entre la demandante y Corporación Hospitalaria Juan Ciudad., al demostrarse la prestación del servicio y no desvirtuarse la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo.

Contrato realidad.

Para responder tal cuestionamiento, comienza la Sala por recordar que el artículo 70 de la Ley 79 de 1988, define las cooperativas de trabajo asociado como aquellas que vinculan el trabajo personal de sus afiliados para la producción de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios. El artículo 59 de la misma norma, señala que el régimen de trabajo será establecido en los estatutos o reglamentos de la cooperativa y no estará sujeto a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes.

Igualmente, el Decreto 0468 de 1990 dispone en su artículo 9 que *“las cooperativas de trabajo asociado de conformidad con la ley regularán sus actos de trabajo con sus asociados, mediante un régimen de trabajo de previsión y seguridad social y de compensaciones, el cual deberá ser consagrado en los estatutos o por medio de los reglamentos adoptados”*

Por su parte, el Decreto 4588 de 2006, en su artículo 3º señala que las cooperativas y precoperativas de trabajo asociado *“Son organizaciones sin ánimo de lucro pertenecientes al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general”*.

Dicho precepto, también en sus artículos 16 y 17, prohibió la intermediación laboral de las cooperativas de trabajo asociado, al disponer que:

Artículo 16. Desnaturalización del trabajo asociado. El asociado que sea enviado por la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado a prestar servicios a una persona natural o jurídica, configurando la prohibición contenida en el artículo 17 del presente decreto, se considerará trabajador dependiente de la persona natural o jurídica que se beneficie con su trabajo.

Artículo 17. Prohibición para actuar como intermediario o empresa de servicios temporales. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes.

En el mismo sentido, de conformidad con el numeral 1 del artículo 7º del Decreto 1233 de 2008, que *“las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a terceros o remitirlos como trabajadores en misión. En ningún caso, el contratante podrá intervenir directa o indirectamente en las decisiones internas de la cooperativa y en especial en la selección del trabajador asociado”*.

Paralelamente, el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, establece que el personal requerido en *“toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes”*.

En ese horizonte, es dable afirmar que estas formas asociativas, cooperativas y pre cooperativas, no pueden utilizarse para vulnerar garantías laborales y evadir las obligaciones que emergen de un verdadero contrato de trabajo.

De otro lado, artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, señala que para que se estructure un contrato de trabajo se requiere la concurrencia de tres elementos a saber: *i)* la actividad personal o prestación del servicio, que implica de quien reclama la existencia del contrato, demostrar que la actividad o servicio lo realizaba por sí mismo; *ii)* la dependencia o continuada subordinación, entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo, cantidad, calidad de trabajo e imponerle reglamentos, facultad que debe mantenerse por el tiempo de duración del contrato, y *iii)* la retribución de la prestación del servicio, pues el mismo tiene un carácter retributivo y oneroso.

Ha decantado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que una vez demostrada la prestación personal del servicio por parte del trabajador, a la demandada es a quien corresponde desvirtuar la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ya sea mediante la demostración de un nexo contractual diferente al de trabajo o bajo la acreditación de ausencia de subordinación. Es decir, que no es necesario que el actor demuestre la subordinación jurídica o dependencia propia de una relación laboral, como tampoco la remuneración a la misma. Criterio reiterado en sentencias CSJ SL628-2022, CSJ SL3847-2021, CSJ SL2608-2019, CSJ SL2480-2018 y CSJ SL 16528-2016, entre otras.

A efectos de tenerse por desvirtuada la presunción de existencia del contrato de trabajo, no basta las denominaciones que una o ambas partes asignen al vínculo, o atenerse al rótulo que aparece en los documentos suscritos o creados para tal fin, sino que es necesario acudir a la naturaleza misma de la relación y la forma como se ejecutó el servicio personal para hallar lo esencial del contrato en aplicación del principio de

la primacía de la realidad sobre las formas previsto en el artículo 53 de la Constitución Nacional.

Al amparo de lo expuesto y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo la Sala pasa a analizar los medios probatorios, para tal efecto se advierte que la demandante allegó copia de carnets de identificación sin fecha o periodo de vigencia en los dos se relaciona al Hospital Universitario Mayor uno se verifica el logo de Cuidados Profesionales y en el otro se hace alusión a la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad (fl. 21), planilla control asistencia turno del 26 de febrero de 2012, en el que aparece relacionada (fl. 23), agenda de turnos para noviembre de 2017 (fl. 24), tirillas de pago de los meses de febrero a septiembre de 2011 (fls 26 a 32), en los que se verifica que la compensación ascendía a \$612.000 y el fondo de bienestar del asociado constituido por auxilio de transporte y alimentación que fue pagado en sumas variables incluso superiores en algunos meses a la compensación.

Allegó igualmente, misiva adiada del 8 de septiembre de 2010, en la que Cuidados Profesionales recuerda que los profesionales de la salud deben cumplir con responsabilidad, compromiso y ética la prestación de servicios a los pacientes y puso de presente que estos parámetros no fueron cumplidos por algunos situación que generó glosas que serían cobradas a costo (fl. 37). Aportó, comunicación del 3 de mayo de 2011, en la que la cooperativa informa a la actora sobre el número de horas trabajadas y la distribución a efectos de compensación (fl. 38) y del 31 de mayo de la misma anualidad en la que le informa sobre el valor de la póliza de responsabilidad y la forma en la que le será descontada. (fl. 39)

Aportó certificación adiada del 15 de febrero de 2012, en la que se indica que la actora ostenta la calidad de trabajador asociado a Cuidados Profesionales desde el 1 de octubre de 2007 como auxiliar de enfermería (fl. 40)

A solicitud de la parte demandante fueron decretados los testimonios de Nubia Yarine Suaterna, Yadira Tatiana Hernández, Yurany Moreno, Yajaris Vega, Yolanda Pinzón Angulo y Andrea Tolosa. Los cuatro primeros

no se practicaron como quiera que las deponentes no comparecieron en la hora y fecha señalada. Por su parte, Yolanda Pinzón Angulo, cuenta con 52 años, es auxiliar de enfermería, también instauró proceso ordinario en contra de la corporación hospitalaria, que tuvo resultado exitoso. Expuso que prestó servicios *Mederi*, cuando ingresó la demandante ya laboraba allí y cuando ella se retiró la actora continuó prestando servicios como auxiliar de enfermería, dentro de las funciones de su cargo estaban las de recibo y entrega de turnos, canalización de pacientes, procedimientos invasivos, notas de enfermería, bañar los pacientes y hacerles curaciones, cambiar equipo de oxígeno, devolver medicamentos, entre otras.

Adujo que al igual que la demandante estuvo vinculada con Cuidados Profesionales que es una cooperativa de trabajo asociado. Señaló que dentro de *Mederi* había una oficina allí las citaban para que firmaran contratos, les decían que estaban *incluidas en la cooperativa*. Aseguró que cuando el Instituto de Seguros Sociales, se acabó, empezó a prestar servicios a Juan Ciudad y luego comenzaron a llegar cooperativas para cada especialidad y la de enfermería y auxiliares de enfermería fue Cuidados Profesionales. Aseguró que como remuneración siempre percibieron el salario mínimo del cual descontaban 52 horas mensuales para un supuesto ahorro y que cuando salieran tuvieran algo de liquidación, pero a ella no le dieron nada cuando terminó el vínculo. Manifestó no saber en qué fecha terminó el contrato de la accionante como quiera que se retiró primero, pero aseguro que durante el tiempo en que fueron compañeras la accionante prestó servicios de forma constante e ininterrumpida.

Adujo que recibían órdenes de las jefes de enfermería, la jefe de piso, las coordinadoras y la coordinadora del departamento, unas de ellas estaban directamente vinculadas con *Mederi* como Ángela Jiménez. Refirió que los elementos con los que ejecutaban sus funciones eran de *Mederi* que hacía el pedido avalado por la jefe inmediata y allí les dispensaban, en una droguería que quedaba en el primer piso del edificio, todo lo que el paciente necesitaba, precisó que la cooperativa no los proporcionaba, pues

tenían una oficina, pero meramente administrativa. Tampoco les proporcionaban dotación y ellas mismas debían comprar los uniformes.

Aseguró que en el evento que tuvieran que ausentarse debían acordar con alguna compañera el cambio de turno nunca asistieron a cursos de cooperativismo. Señaló que la remuneración era cancelada a través d cuenta bancaria. Relató que hubo conciliación por \$50.00, cuando iban a ingresar directamente con la Corporación, quien no firmaba el documento no tenía más trabajo. Aseguró que las citaron en un piso, allí hubo una reunión, vio cuando la demandante Ruth suscribió la conciliación, refirió que ella en cambio no lo hizo y por esa razón no le dieron más trabajo.

La testigo Andrea Johanna Tolosa Martínez, técnico auxiliar de enfermería. Manifestó que conoce a la actora hace aproximadamente 9 años, fueron compañeras de trabajo en el mismo piso durante dos años en el 2007 y 2008. Dijo que dentro de sus funciones estaban las de cuidado de pacientes, canalizaciones, tomas de laboratorio, pedir insumos a la farmacia, calentar el agua para bañar los paciente. Prestaron servicios en Juan Ciudad, a través de Cuidados Profesionales que era una cooperativa que las contrató para trabajar allí, les pagaban el mínimo, pero no les cancelaban ni primas, ni liquidación. Les hacían un descuento para que cuando salieran *«no salieran sin nada»*. Refirió que tuvo que demandar para que le devolvieran lo que había acumulado.

Sostuvo que muchas jefes y auxiliares eran de planta, púes su remuneración era diferente, les pagaban horas extras, les otorgaban compensatorios entre semana. Señaló que también recibían órdenes de los jefes de departamento. Aseguró que el hospital suministraba los insumos que los pacientes necesitaran, para ello debían ir a farmacia a reclamarlos. Debían comprar sus uniformes, se les exigía que fuera blanco, que usaran toca y portaran carné. Señaló que en caso de requerir ausentarse debían cubrir el turno en dinero o tiempo con otra compañera, que la demandante muchas veces le hizo el favor de cubrirla, además debían diligenciar un formato que se entregaba a la coordinadora de servicio Jenny Rodríguez

Al absolver interrogatorio de parte el representante legal de la demandada Corporación Hospitalaria Juan Ciudad, señor Jesús Fernando López Bravo manifestó que es representante legal de la demandada desde 2012. Admitió que la demandante desempeñó funciones como auxiliar de enfermería, pero explicó que ello sucedió como asociada como una cooperativa de trabajo, con la cual la Corporación suscribió contrato de prestación de servicios, para que ejecutara las labores de enfermería y auxiliares de farmacia de forma independiente y autogestionada. Admitió que la cooperativa desarrolló una parte del objeto social, pero insistió en que lo hizo de forma autónoma. Confesó que una de las exigencias a la CTA era que cumpliera con el pago de aportes a seguridad social.

Sostuvo «cuando se iniciaron las prestaciones del servicio en mayo del 2008 ya venían trabajando estas cooperativas de trabajo asociado en lo que anteriormente era Luis Carlos Galán, entonces cuando adquirimos bienes mueble e inmueble, porque adquirimos básicamente la aparte física exclusivamente se decidió que como ya la operación de la salud no podía suspenderse, pues porque es un servicio de salud, se decidió que se seguiría contratando con las cooperativas de trabajo que ya venían prestando sus servicio en dicha institución en lo que era Luis Carlos Galán Sarmiento, por eso no fue contratación directa laboral con ninguno de los trabajadores que desarrollaban el objeto social. Aclaro y repito lo que se compró al Estado – Gobierno fueron los edificios, bienes muebles e inmuebles, más ni siquiera se compraron historias clínicas. Lo que se hizo a las cero horas del 1 de mayo de 2008 fue abrir nuevas historias clínicas, abrir nuevos contratos con las cooperativas de trabajo que estaban asociadas a Luis Carlos Galán.»

Aseguró que Juan Ciudad en el 2007 no existía como persona jurídica, reiteró que empezaron a funcionar el 1 de mayo de 2008. Aseguró que a partir de esta fecha hubo personas directamente vinculadas con la corporación «por logística existían de 25 a 30 cargos de jefaturas quienes se encargaban de tener una relación con los pares que tenían las cooperativas, por ejemplo en cuidados intensivos había una jefe de enfermeras contratada

directamente por la corporación que mantenía relación directa con los coordinadores que tenían las cta».

Expuso que los elementos con los que trabaja la demandante no eran de Juan Ciudad pues existía otra cooperativa que los proporcionaba. Indicó que los uniformes si eran proporcionados por la cooperativa. Señaló que el 29 de febrero por decisión institucional se dieron por terminados los contratos con todas las cooperativas, por tanto se adelantaron conciliaciones simbólicas para evitar futuras reclamaciones, porque así lo recomendaron los asesores, pero no porque haya una razón específica. Dijo desconocer las razones por las cuales la cooperativa no suscribió el acta correspondiente. Admitió que con posterioridad a la firma de este documento la demandante continuó con la prestación del servicio en el mismo hospital con la empresa de servicios temporales Listos S.A.S. Aceptó que la demandante por motivos de seguridad, portaba carnet en el que se indicaba a que cooperativa pertenecía.

La demandada Corporación Hospitalaria Juan Ciudad aportó contrato de prestación de servicios integrales de salud para la atención de procesos y subprocesos de enfermería profesional y auxiliar, servicio farmacéutico y servicio de central de esterilización, suscrito el 26 de junio de 2008 entre Cuidados Profesionales Cooperativa e Trabajo Asociado y la Corporación Hospitalaria (fls. 198 a 204) y las prórrogas sucesivas suscritas el 20 de enero de 2009 (fls 205 y 206), el 26 de enero de 2010 (fls 207 a 215), 26 de enero de 2011 (fls 216), y 30 de noviembre de 2011 (fls 217 a 225). Allegó igualmente comunicación adiada del 26 de enero de 2012 (fl 226) mediante la cual la corporación notifica la terminación del contrato.

A folios 227 y 228 milita acta e conciliación n.º 89 suscrita por la accionante y Corporación Hospitalaria Juan Ciudad el 22 de febrero de 2012, acordaron conciliar sus diferencias en la suma de \$50.000, en el documento además se puede leer:

El(a) señor(a) Iriarte Varela Ruth como Trabajador Asociado a la CUIDADOS PROFESIONALES COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO, prestó sus servicios personales en ejecución de un contrato de servicios celebrado entre CORPORACIÓN HOSPITALARIA JUAN CIUDAD entre desde el 01 de mayo de 2008 y hasta el 29 de febrero de 2012

Analizados los medios de prueba antes señalados, conforme al artículo 61 del Código de Procedimiento del Trabajo, estima la Colegiatura que la demandante demostró que prestó servicio a la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad como auxiliar de enfermería actividad que realizó en las instalaciones del Hospital Méderi antigua Clínica San Pedro Claver que le fue entregada por la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, al igual que los insumos y elementos con los cuales ejecutó las funciones (fls 181 a 197), lo que concuerda con el dicho de los testigos quienes relataron que estos últimos eran proporcionados por la corporación, previo trámite administrativo.

En adición, la Sala encuentra que las actividades ejecutadas por la demandante lo fueron de manera subordinada, habida cuenta que la trabajadora estaba sometida a las órdenes que las enfermeras jefes y otras personas le impartieran, algunas de ellas directamente vinculadas a la corporación tal como lo aceptó el representante legal al rendir declaración de parte, además debía cumplir horarios en turnos y para ausentarse debía buscar el remplazo en tiempo o pagarlo en dinero, según lo informaron las testigos quienes fueron compañeras de la actora y adelantaron la misma actividad.

De conformidad con las consideraciones expuestas resulta claro que la demandada faltó al deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa dado que aunque alegó que la demandante no fue su trabajadora, no logró desvirtuar la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo, pues aunque aportó contrato de prestación suscrito con la cooperativa, en manera alguna quedó demostrado que esta actuó de manera independiente, autónoma y autogestionada. En consecuencia, no hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia en cuanto declaro la

existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad.

Extremos de la relación

Pues bien, de conformidad con certificado expedido por la Alcaldía Mayor de Bogotá el 3 de mayo de 2012, la Corporación Social Hospitalaria nació a la vida jurídica el 5 de marzo de 2008; pasó a denominarse Corporación Hospitalaria Juan Ciudad a partir del 10 de abril de 2008 integrada entre otras por el Hospital Universitario Mayor Méderi (fl 188).

Así aunque de conformidad con el acta de entrega de bienes muebles e inmuebles de folios 181 a 197 la demandada Corporación recibió el 1 de mayo de 2008, entre otros, las instalaciones de la Clínica San Pedro Claver, que con posterioridad se convirtiera en el Hospital Mayor Méderi y que para proveerse de los servicios de enfermería profesional y auxiliar, celebró el 26 de junio de 2008, contrato con Cuidados Profesionales Cooperativa de Trabajo Asociado (fls 196 a 225), lo cierto es, que está llamada a responder desde que nació a la vida jurídica, pues desde ese mismo instante figuró como dueña del hospital en el cual la accionante prestó servicios. Así las cosas no hay lugar a modificar el extremo inicial de la relación fijado en primera instancia.

En cuanto a la fecha final del contrato la demandante señaló en el libelo introductorio que renunció el 4 de abril de 2012; no obstante, el 22 de febrero de 2012, la accionante y Corporación Hospitalaria Juan Ciudad acordaron conciliar sus diferencias en la suma de \$50.000 de conformidad con el acta de conciliación n.º 89. Sobre el particular, al rendir declaración de parte el representante legal de la corporación señaló que el 29 de febrero de 2012, por decisión institucional se dieron por terminados los contratos con todas las cooperativas y por recomendación de los asesores se adelantaron conciliaciones simbólicas. Admitió que con posterioridad a la firma de este documento la demandante continuó con la prestación del servicio en el mismo hospital con la empresa de servicios temporales Listos S.A.S., empero no especificó la fecha hasta la cual se ejecutaron las

funciones, circunstancia que puede sanearse, al ser analizada en conjunto con el reporte de semanas emitido por Colpensiones, en el cual se verifica que Listos S.A.S. cotizó en favor de la demandante hasta abril de 2012, en este último periodo 0.57 semanas (fls 54 a 65).

Así las cosas, no solo la confesión del demandante condujo al Juzgado a determinar como fecha final del contrato de trabajo el 4 de abril de 2012, sino el análisis conjunto de los demás medios de prueba que realizadas las verificaciones correspondientes, encierra acertado la Sala, razón suficiente para no modificar la sentencia en este punto.

Salario último año

Alega la demandante que el salario promedio percibido en el último año asciende a \$1.117.786,66 por tanto las condenas deben ser reliquidadas.

Sobre el particular las testigos Yolanda Tolosa y Andrea Pinzón compañeras de trabajo de la demandante manifestaron que percibieron como remuneración un salario mínimo, no obstante revisado el reporte de semanas cotizadas de folios 54 a 65, se verificó que las cotizaciones fueron efectuadas por sumas levemente superiores las cuales se toman en aplicación del principio de favorabilidad. Realizadas las validaciones pertinentes se determinaron los siguientes salarios:

Año	Salario promedio	fuentes
2008	\$461.875	fls. 54 a 65
2009	\$551.416	fls. 54 a 65
2010	\$612.000	fls. 54 a 65
2011	\$956.320	fls. 41 a 47 y 54 a 65
2012	\$582.000	fls. 54 a 65

Importa resaltar que para el año 2011, fueron aportados comprobantes de nómina de febrero a septiembre cuyo contenido concuerda con los reportes mensuales emitidos por Davivienda y que

aparecen discriminados como pago de nómina (fls 41 a 47), para los meses de enero, octubre, noviembre y diciembre de 2011, se consideraron los salarios base de cotización en pensiones, superiores al salario mínimo. Importa señalar que si bien a folios 48 a 53 fueron aportados otros comprobantes bancarios para los meses de noviembre de 2011 a abril de 2012, estos no son tomados por la Colegiatura como quiera que no se discriminan como pagos de nómina y no fueron acompañados los comprobantes generados por el empleador para verificar que corresponden a las sumas efectivamente pagadas por el empleador. Para mayor ilustración a continuación se discriminan los salarios mes a mes utilizados, veamos:

mes 2011	salario	fuentes
enero	\$612.000	fls. 54 a 65
febrero	\$789.257	fls. 33
marzo	\$912.692	fls. 31 y 54 a 65
abril	\$1.599.378	fl. 42
mayo	\$741.768	fls. 32 y 43
junio	\$909.313	fls. 29 y 44
julio	\$1.118.273	fls. 28 y 45
agosto	\$1.588.433	fls. 27 y 46
septiembre	\$1.545.988	fls. 26 y 47
octubre	\$612.000	fls. 54 a 65
noviembre	\$612.000	fls. 54 a 65
diciembre	\$612.000	fls. 54 a 65

Es conveniente además destacar que para el año 2012, los salarios que se promediaron son los reportados como base de cotización para pensiones.

Bajo este panorama es claro que los salarios determinados por la Sala resultan inferiores a los determinados por el *a quo*, razón suficiente para no modificar la cuantía de las condenas impuestas en primera instancia. Ello, en el entendido que la parte demandada no manifestó inconformidad frente a las mismas y si bien solicitó la revocatoria, lo hizo de manera general atendiendo a la inexistencia del contrato realidad, argumentó que como se vio resultó infundado.

Año	Salario Juzgado	Salario Tribunal
2008	\$461.850	\$461.850
2009	\$602.416	\$514.416
2010	\$612.000	\$612.000
2011	\$1.085.255.92	\$971.091
2012	\$686.406	\$582.000

Auxilio de transporte

Argumenta la demandada que debió serle reconocido auxilio de transporte como quiera que devengó menos de dos salarios mínimos legales mensuales; empero, tal pretensión no fue incluida en el escrito introductorio, tampoco considerada por el Juez de primera instancia por tanto la Sala que carece de facultades ultra y extra *petita* se releva de tal estudio.

Advierte la Sala que en el libelo introductorio se solicita ordenar a los demandados reintegrar los descuentos efectuados por concepto de auxilio de transporte y alimentación; sin embargo, de conformidad con los desprendibles de pago de folios 26 a 36 estos rubros no se descontaban a la trabajadora, sino que se pagaban como suma adicional a la compensación. Bajo este supuesto la demandante no tiene derecho a devolución alguna.

Devolución aportes a seguridad social

En criterio de la Sala no es procedente ordenar la devolución de aportes a seguridad social, pues la demandante incumplió con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo, porque aunque afirma que cubrió el 100% de los aportes, no demostró tal circunstancia y esta no puede presumirse. En efecto, apenas allegó reporte de semanas cotizadas en pensiones, pero en el periodo en que fue declara la relación laboral aparecen como cotizantes Cuidados Profesionales y Listos SAS (fls 54 a 65).

Indemnización por despido indirecto

Para resolver tal tópico, conviene recordar que el párrafo del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente, no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos. De allí, la obligación del trabajador de demostrar que las causales invocadas a la finalización del vínculo laboral son imputables al empleador.

Así lo tiene puntualizado la Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado n.º 44155 de 26 de junio de 2012, rememorada en SL1082-2020, en que señaló:

El despido indirecto o auto despido es el resultado del comportamiento que de manera consciente y por iniciativa propia hace el trabajador a fin de dar por terminada la relación laboral, por justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador. Esta decisión **debe ser puesta en conocimiento a este último, señalando los hechos o motivos que dieron lugar a la misma**, además de ser expuestos con la debida oportunidad a fin de que no quede duda de cuáles son las razones que dieron origen a la finalización de la relación laboral.

Precisa la Sala, que el contenido de la carta de despido corresponde a manifestaciones de parte **que requieren para su confirmación de otros medios probatorios que corroboren lo dicho, (...)**”

Pues bien, la promotora del juicio indicó en el libelo introductorio confesó que presentó renuncia por la *«falta de garantías laborales así: Descuento para el pago de costos del contrato, provisión horas para cubrir parafiscales, seguridad social sin su consentimiento en un 53.75% de lo devengado mensualmente, Intermediación y tercería laboral, aumento indiscriminado de labores, falta de pago de vacaciones, prima de navidad y de mitad de año, cesantías, la exigencia de la compra de pólizas de responsabilidad civil, entre otros»*; sin embargo, no probó por ningún medio que hubiere puesto en conocimiento de la demandada alguna de las causales antes relacionadas de forma verbal o escrita, por lo que tal como acertadamente concluyó el *a quo* resulta forzoso absolver a la demandada de pagar indemnización por despido indirecto.

Sanción moratoria

La sanción moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, no es una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo no cubra al trabajador los salarios y prestaciones sociales, de allí que la misma procede cuando quiera que, en el marco del proceso, el empleador no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta. En ese sentido, ha decantado la jurisprudencia laboral que el juez debe adelantar un examen riguroso del comportamiento asumido por el empleador en su condición de deudor moroso; y de la globalidad de las pruebas y circunstancias que rodearon el desarrollo de la relación de trabajo, en aras de establecer si los argumentos expuestos por la defensa son razonables y aceptables, al punto que pueda considerarse un comportamiento de buena fe (CSJ SL, 5 mar. 2009, rad. 32529, CSJ SL8216-2016 y CSJ SL3936-2018).

La Sala estima que probada la prestación personal de manera continua, no existe razón atendible para que la demandada durante la ejecución del vínculo y a la terminación del contrato de trabajo se abstuviera de pagar a la trabajadora sus acreencias laborales y por el contrario tercerizara las funciones asignadas a las auxiliares de enfermería para desconocer los derechos laborales, razones suficientes para determinar que es procedente ordenar este pago

Ahora, en cuanto a la manera de determinar la sanción moratoria se advierte que el artículo 65 del Código sustantivo de Trabajo modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, dispone en su numeral 1º que:

“Para los trabajadores que devenguen menos de un (1) salario mínimo mensual vigente, continúa vigente el texto que puede leerse en los párrafos anteriores, para los demás casos el nuevo texto es el siguiente:> Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de

terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique.”

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado n.º 36.577 proferida el 6 de mayo de 2010, reiterada en sentencia de 3 de mayo de 2011, radicado n.º 38.177, sentencia del 25 de junio de 2012, radicado 46.38, SL918 de 2014 y CSJ SL1005 de 2021 señaló:

No obstante las notorias deficiencias en la redacción de la norma, esta Sala de la Corte entiende que la intención del legislador fue la de establecer un límite temporal a la indemnización moratoria originalmente concebida por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, de tal suerte que, como regla general, durante los veinticuatro (24) meses posteriores a la extinción del vínculo jurídico el empleador incumplido deberá pagar una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, siempre y cuando el trabajador haya iniciado su reclamación ante la justicia ordinaria dentro de esos veinticuatro (24) meses, como aconteció en este caso.

Después de esos veinticuatro (24) meses, en caso de que la situación de mora persista, ya no deberá el empleador una suma equivalente al último salario diario, sino intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, hasta cuando el pago de lo adeudado se verifique efectivamente; intereses que se calcularán sobre las sumas debidas por concepto de salarios y prestaciones en dinero.

Cuando no se haya entablado demanda ante los estrados judiciales, dentro de los veinticuatro (24) meses siguientes al fenecimiento del contrato de trabajo, el trabajador no tendrá derecho a la indemnización moratoria equivalente a un (1) día de salario por cada día de mora en la solución de los salarios y prestaciones sociales, dentro de ese lapso, sino a los intereses moratorios, a partir de la terminación del contrato de trabajo, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.

De tal suerte que la presentación oportuna (entiéndase dentro de los veinticuatro meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo) de la reclamación judicial da al trabajador el derecho a acceder a la indemnización moratoria de un día de salario por cada día de mora hasta por veinticuatro (24) meses, calculados desde la ruptura del nudo de trabajo; y, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25), contado desde esa misma ocasión, hace radicar en su cabeza el derecho a los intereses moratorios, en los términos precisados por el legislador.

En el caso analizado el Juzgado determinó como último salario devengado la suma de \$686.406, esto es, un monto superior al salario mínimo fijado para el año 2012, que lo fue de \$566.700. Ahora, la relación laboral se extendió hasta el 4 de abril de 2012 y la demanda fue interpuesta el 23 de abril de 2014 (fl. 86), es decir, más allá de los 24 meses previstos en la norma, por lo que en aplicación del precedente jurisprudencial procede el reconocimiento a favor de la demandante de

intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera a partir del 4 de abril de 2012 hasta que se verifique el pago de prestaciones sociales ordenada en primera instancia. En consecuencia, la Sala modificará en este punto la sentencia analizada como quiera que el Juzgado ordenó el pago de un día de salario por cada día de mora a partir de la terminación del contrato y hasta por 24 meses y a partir del mes 25 el pago de intereses.

Póliza de cumplimiento La Equidad Seguros

En la póliza n.º AA 003089 aparece como tomador y afianzado la Cooperativa de Trabajo Asociado Cuidados Profesionales y como asegurado y beneficiario la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad, la vigencia de la misma estuvo prevista desde el 30 de octubre de 2008 hasta el 31 de mayo de 2009 (fl. 178 a 181), vigencia que fue ampliada mediante otro sí, hasta el 31 de enero de 2012 (fl.184 y 185), a más se verifica que se garantizaba que el contratista ejecutara los procesos y sub procesos entre otras de enfermería profesional y auxiliar.

En consecuencia los argumentos expuestos en la apelación en cuanto a que *«el riesgo asegurado no era el incumplimiento del contrato laboral, ni por prestaciones sociales por parte de la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad sino el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista Cooperativa de Trabajo Asociado Cuidados Profesionales, con fundamento en contrato civil»*, carece de fundamento, lo que conduce a confirmar la condena impuesta en primera instancia.

De otra parte, vale señalar que declarada la prescripción de los derechos causados con anterioridad al 23 de abril de 2011, con las excepciones señaladas por el Juzgado en cuanto a cesantías y vacaciones, nada impide la afectación de la póliza en los términos señalados en primera instancia, pues su vigencia se extendió hasta el 31 de enero de 2012 y al menos deberá responder por las acreencias generadas hasta esta fecha.

De conformidad con las anteriores consideraciones, la Sala modificará la sentencia en la forma anunciada.

No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

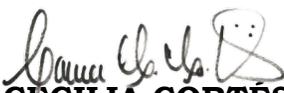
RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el literal e del numeral segundo de la sentencia proferida el 14 de abril de 2021 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá para, en el sentido de condenar a la demandada a pagar por concepto de sanción moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera a partir del 4 de abril de 2012 y hasta que se verifique el pago de prestaciones sociales ordenada en primera instancia.

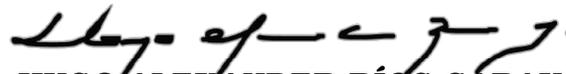
SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

TERCERO: Sin COSTAS en la instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 016 2014 00227 02



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 016 2020 00083-01
DEMANDANTE: GUSTAVO TARAZONA SOLEDAD
DEMANDADO: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada AFP Protección S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 7 de abril de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare la “*nulidad y/o ineficacia del traslado y de la afiliación*” al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP Protección S.A. y que la afiliación se mantuvo vigente en el RPM sin solución de continuidad. En consecuencia, ordenar a la AFP trasladar a Colpensiones, todos los aportes, rendimientos, frutos, intereses y gastos de administración de la cuenta individual del accionante. A la última a hacer efectiva la afiliación, aceptar los conceptos ordenados y actualizar la historia laboral. Así mismo, que se declare y condene a todo extra y ultra y *petita* que resulte probado en el proceso, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 11 de enero de 1956, se afilió al ISS el 10 de junio de 1978. Desde el 15 de febrero de 1993, presta servicios a la Secretaria de Educación Distrital, realizó aportes a la Caja de Previsión hasta el 31 de diciembre de 1995. Se trasladó al RAIS el 1 de agosto de 1999, a través de la AFP Protección S.A. Adujo que el fondo privado, previo a la vinculación no le informó sobre las características, de cada régimen, las ventajas y desventajas del cambio y las implicaciones que tendría sobre su futuro pensional, tampoco realizó proyecciones comparativas que le permitieran evidenciarlas; se limitó a informarle que en el RAIS su mesada pensional sería superior, además que el ISS desaparecería. Arguyó que no se le informó sobre la posibilidad de trasladarse de régimen. Sostuvo que de continuar vinculado al RAIS su mesada ascenderá a \$828.116, entre tanto, en Colpensiones ascendería a \$2.041.119. Indicó que solicitó a las demandadas el retorno al RPM, pero fue negado (expediente digital, archivo 02, fls. 1 a 9).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento del demandante, la reclamación administrativa y su respuesta negativa. Manifestó que los demás hechos no le constan o no son ciertos. Formuló las excepciones de inoponibilidad por ser tercero de buena fe, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y las demás declarables oficiosamente. Para enervar las pretensiones, argumentó que el traslado de régimen se realizó de manera voluntaria y se materializó con la firma del formulario de afiliación por una persona capaz que ahora está incurso en una prohibición de retornar a RPM (expediente digital, archivo 01, fls. 1 a 13).

La AFP Protección S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Admitió la fecha de nacimiento del actor, la vinculación al fondo, las semanas cotizadas, la simulación pensional, la solicitud de traslado y la respuesta negativa, así como el salario devengado en el año 2020. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos de la demanda. 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 declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa», «inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe» y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, expuso que la afiliación al fondo se realizó de forma libre y voluntaria con apego a la normativa vigente para la época y en tal sentido, se materializó con la suscripción del formulario de afiliación (expediente digital, archivo 05, fls. 1 a 31).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 7 de abril de 2022 (expediente digital, documento 19), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, que realizara el demandante señor Gustavo Tarazona Soledad identificado con cédula de ciudadanía No. 19.301.131 el día 01 de agosto de 1999, por ante la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A, lo anterior debido a la omisión en el deber de información por parte del fondo en mención.

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante señor Gustavo Tarazona Soledad con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, incluyendo los montos por capital, intereses, réditos, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si los hubiere, y en general todas sumas que con motivo de las cotizaciones en el régimen de ahorro individual con solidaridad, fueron realizadas en favor del demandante.

TERCERO: Se condena a Colpensiones a recepcionar los recursos, cuyo traslado se ordenó en el numeral que antecede y a reactivar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida, actualizando la historia laboral de cotizaciones, esto teniendo en cuenta que es el régimen de prima media con prestación definida, el único, al cual en forma valida se ha encontrado afiliado el demandante.

CUARTO: Se declara no probadas las excepciones propuestas por el extremo demandado.

QUINTO: Se condena en costas de la instancia a las demandadas, practíquese la liquidación por secretaría, incluyendo el monto de medio Salario Mínimo Legal Mensual Vigente a cargo de AFP Protección S.A., y de un cuarto de Salario Mínimo

Legal Mensual Vigente a cargo de Colpensiones por concepto de agencias en derecho.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al momento de la afiliación información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional que le permitiera al actor conocer los efectos de trasladarse teniendo en cuenta sus condiciones particulares.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada AFP Protección S.A. apeló lo resuelto.

La AFP Protección S.A. imploró revocar la sentencia por cuanto no es procedente trasladar a Colpensiones el capital, rendimientos, gastos de administración y primas de seguro previsionales. Arguyó que al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS, también son inexistentes los rendimientos. Sostuvo que los cobros adicionales por cuotas de administración y seguros previsionales también habrían sido descontados en prima media. Refirió que el traslado de estos recursos genera detrimento en el patrimonio de la AFP, vulneraría el principio de seguridad jurídica y la sostenibilidad financiera del sistema.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o

exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es

recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas el actor se afilió al Instituto de Seguros Sociales, el 10 de junio de 1978 (expediente digital, archivo 01, fls. 5 a 8), migró al RAIS, a través de la administradora AFP Protección S.A. el 1 de octubre de 1999 (expediente digital, archivo 05, fl. 44), con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, archivo 01, fl. 9), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LO HE EFECTUADO DE FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que para el momento del traslado asesores de Protección adelantaron una reunión en su lugar de trabajo, informaron que ISS se iba a acabar y que la alternativa para acceder a la pensión era trasladarse al fondo privado, razones que lo llevaron a firmar el formulario de afiliación que previamente diligenciado. Advirtió que la AFP Protección le informó que podía pensionarse más joven si quería y que el asesor le realizó una proyección según la cual la mesada pensional sería la misma en cualquiera de los regímenes. Aceptó que su interés de retorno es el valor de la mesada pensional.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Protección S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los

términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la AFP Protección S.A. faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, 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 debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, Protección S.A., deberá entregar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ

SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por ello, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión tal como acertadamente concluyo el *a quo*.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 y CSJ SL373-2021, entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 7 de abril de 2022, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. 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 los demás la sentencia del *a quo*.

TERCERO: Sin COSTAS en la consulta y en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



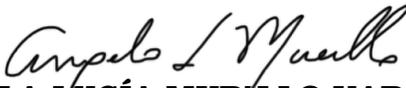
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
Aclaración de voto
016 2020 00083 01



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 020 2020 00267 01
DEMANDANTE: MARÍA CAROLINA AFANADOR ANGEL
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y LA LLAMADA EN GARANTÍA MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demanda Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 17 de febrero de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare ineficaz «*la afiliación*» al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Protección S.A. y posteriores cambios a Colfondos S.A. y Skandia. En consecuencia, condenar a las AFP a registrar en su sistema de información que la información de afiliación de la demandante es ineficaz y se encuentra válidamente afiliada a prima media. Ordenar a Skandia a trasladar los aportes cotizados en el RAIS a Colpensiones incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar,

gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades. A Colpensiones a activar la afiliación y recibir la totalidad de los aportes a pensiones incluidos rendimientos, bonos y/o títulos. Se disponga a las demandadas pagar los demás hechos que resulten probados conforme las facultades ultra y extra *petita* y costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que inicio sus aportes al Instituto de Seguros Sociales el 16 de febrero de 1993. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Davivir, hoy Protección S.A. el 14 de diciembre de 1998, posteriormente se trasladó horizontalmente a Colfondos S.A. y luego el 22 de abril de 2010 a Skandia. Adujo que cambió de régimen porque el asesor de la AFP inicial le aseguró que el ISS atravesaba problemas financieros y podría perder los aportes ya realizados. Adujo que el promotor no le informó las características, ventajas y desventajas de cada régimen, al igual que las consecuencias del cambio de régimen. Señaló que ninguna de las administradoras privadas la aconsejó o brindó información cierta, suficiente, clara y oportuna de las características del RAIS. Manifestó que conforme a una proyección efectuada por la firma Yabar Liquidaciones de acuerdo a su IBL de \$8.808.891 su mesada pensional correspondería en Colpensiones a \$5.994.053, mientras que en el RAIS sería equivalente a \$2.131.000 de acuerdo a respuesta de la AFP Skandia. Finalmente, relató que Protección, Colfondos, Skandia y Colpensiones negaron la solicitud de cambio de régimen (expediente digital, archivo 01 fls. 1 a 12).

Colpensiones se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra. Admitió la afiliación al RPM, el traslado al RAIS, los cambios horizontales, la actual afiliación, la suscripción del formulario de afiliación a la AFP Skandia, la solicitud de retorno a RPM y su respuesta. Manifestó que no le constan o no son ciertos los restantes hechos. Formuló como excepciones la errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, la descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en

instituciones administradoras de la seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que la demandante no hizo uso del derecho de retracto, no es beneficiaria del régimen de transición y está incurso en una prohibición legal para retornar a RPM en razón de la edad y las semanas cotizadas, con todo no contaba con una expectativa legítima que obligue su permanencia en prima media (expediente digital, archivo 10 fls. 3 a 45).

La AFP Skandia S.A. se opuso al éxito de las aspiraciones. Aceptó la afiliación a esta administradora, la vigencia de la ley 1328 de 2009 para la fecha de la suscripción del formulario. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. Propuso las excepciones que denominó: Skandia no participo ni intervino en el momento de la selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y el tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, la inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos actos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, imposibilidad de reintegrar gastos de administración, buena fe y las demás declarables oficiosamente. Expuso en su defensa, que la demandante no allegó prueba sumaria de la nulidad alegada, ni estableció la naturaleza de la misma, por lo que debe estudiarse la nulidad relativa. Señaló que el traslado de régimen no fue adelantado por esta AFP, sino producto de un cambio horizontal (expediente digital, archivo 06 fls. 3 a 24).

La AFP Colfondos rechazó las pretensiones. Admitió la suscripción del formulario de afiliación a la AFP, la solicitud de anulación de la afiliación y su respuesta. Manifestó que no le constan o no son ciertos los hechos restantes. No propuso excepciones. Sostuvo que la accionante suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, con el lleno de requisitos legales previsto para esa data. Sostuvo que en todo caso, no intervino en el acto de traslado de régimen (expediente digital, archivo 07 fls. 4 a 10).

La AFP Protección S.A. se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la vinculación a la AFP, la petición de anulación de afiliación y la respuesta negativa emitida. 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, *«inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe»*, *«reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa»*, contradicción del dictamen pericial, traslado de aportes a Colfondos y las demás declarables oficiosamente. Para enervar las pretensiones, indicó que sus actuaciones están precedidas por la buena fe y legalidad. Aseguró que el traslado se materializó con la suscripción del formulario de afiliación donde, la actora manifestó su voluntad de continuar afiliada al RAIS, previa asesoría completa y comprensible (expediente digital, archivo 08 fls. 3 a 30).

La AFP Skandia llamó en garantía a la Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. en virtud de los contratos de seguro previsional vigentes entre 2010 y 2018 (archivo 06 fl. 52 a 55. vinculación auto del 4 de marzo de 2021, documento 13), que al contestar la demandan inicial rechazó el éxito de las aspiraciones. Manifestó que los hechos no le constan. Propuso las excepciones que denominó: *«Los actos jurídicos de traslado de fondos del régimen de ahorro individual con solidaridad – RAIS- sin implicar cambio de régimen pensional, fueron debidamente informados y las decisiones tomadas por la afiliada se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad”, sin estar mediados y/o determinados por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitos y válidos»*, *«inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a “Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.”»*, legalidad y eficacia del traslado voluntario de régimen de la demandante y las demás declarables oficiosamente. Expuso en su defensa que la ineficacia del traslado de

régimen no se encuentra amparada por los seguros contratados (expediente digital, archivo 15 fls. 3 a 24).

Al dar respuesta al llamamiento en garantía, se opuso al mismo. Admitió la presentación de la demanda ordinaria, la afiliación de la demandante a la AFP Skandia, la suscripción del contrato de seguro previsional y su vigencia. Propuso las excepciones que denominó: *«Frente a la acción material ejercida por la parte demandante “Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.” carece de amparo y/o cobertura, pues, el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado frente a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.», «Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía a efectuar devolución de la prima, ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente devengada y los riesgos estuvieron efectivamente amparados», « a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante “Skandia Adminsitradora de Pensiones y Cesantía S.A.” y, por lo mismo no está obligada a restitución alguna»* inexistencia de derecho contractual “Skandia Administradora de Pensiones y Cesantía S.A.”, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y las demás declarables oficiosamente.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 17 de febrero de 2022 (expediente digital, archivo 20), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional del de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la señora María Carolina Afanador Ángel, el 14 de diciembre de 1998, a través del Fondo Pensional Davivir hoy Protección S.A. y en consecuencia los traslados horizontales posterior, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora de la demandante María Carolina Afanador Ángel para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a Colpensiones.

TERCERO: ORDENAR a la administradora AFP Skandia S.A., devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones obligatorias a pensiones de María Carolina Afanador Ángel, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a Colpensiones y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

CUARTO: CONDENAR en costas a Colpensiones, Protección S.A. y AFP Skandia S.A., y a favor de la parte actora. Tásense por secretaria incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a tres (3) salarios mínimos mensuales legales vigentes. Mismo modo condenar en costas a Skandia S.A y a favor de Mapfre Colombia Vida Seguros tásense por secretaria incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente. Sin costas a cargo de Colfondos S.A.

QUINTO: en caso de no ser o no apelada la presente decisión, remítase al Tribunal Superior de Bogotá para que sea revisada en su integridad a través del grado jurisdiccional de consulta, en tanto fue condenada Colpensiones, entidad y régimen general de pensiones del cual es garante la Nación.

Como sustento de su decisión, concluyó que Davivir hoy Protección no demostró que al momento del traslado suministró a la demandante información necesaria, suficiente y objetiva respecto a las consecuencias que le traería a su futuro pensional la decisión de cambiarse de régimen y la sola firma del formulario de afiliación, no cumple tal finalidad.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones imploró revocar la decisión, al argumentar que la demandante está incurso en prohibición legal para retornar al RPM en razón de su edad, además incumplió con sus deberes como afiliada y ciudadana, entre ellos el de mantenerse informada. Manifestó que las AFP cumplieron con los requisitos normativos exigidos para la fecha de los respectivos traslados y el ISS no podía oponerse a la voluntad de la actora de cambiar de régimen, quien en todo caso no ve afectados sus derechos pensionales y la inconformidad en el monto de la mesada no puede tenerse como argumento válido para retornar a RPM. Sostuvo que debe ser revocada la condena en costas, pues los recursos que administra la entidad están destinados exclusivamente a atender la seguridad social.

Señaló que ha actuado de buena fe y no tuvo injerencia en el traslado de régimen, por lo que solicito condenar a las AFP en caso de declarar la ineficacia a la devolución de los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades conforme a la jurisprudencia.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se*

encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del

afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

La actora se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 16 de febrero de 1993 (expediente digital, archivo 10 fl. 67), migró al RAIS, a través de la AFP Davivir S.A. hoy Protección S.A. el 14 de diciembre de 1998, mediante la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, archivo 01 fl. 156), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES, MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DAVIVIR S.A. PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.

Posteriormente, se trasladó horizontalmente a Colfondos el 27 de agosto de 1999 (expediente digital, archivo 01 fl. 157), a partir del 22 de

abril de 2010 y en adelante a Skandia Pensionasen y Cesantías (expediente digital, archivo 06 fl.25).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante narró que para la época del traslado estaba vinculada a la empresa “*Equipo de Servicios Petroleros*”, en una reunión el empleador presentó asesores del fondo Davivir quienes pusieron de presente la grave situación que atravesaba el ISS, por la que sería liquidado, el riesgo que corrían sus afiliados, quienes podrían perder sus aportes y la alternativa que tenían de trasladarse al fondo privado como la mejor opción para pensionarse. Indicó que inicialmente, se trasladó horizontalmente por petición de su empleador para facilitar el pago de seguridad social y luego ante una nueva vinculación laboral cambió a Skandia con la promesa de obtener una mesada pensional superior. Refirió que no recibió información sobre las características de cada régimen, ventajas o desventajas, tampoco le hicieron una proyección de mesada pensional, no le entregaron copia de los formularios y por la rapidez de las asesorías no pudo formular preguntas. Aceptó que el monto de la mesada pensional la motiva a retornar a prima media.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Davivir, hoy Protección S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de

vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que Davivir a hoy Protección S.A. faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360-2019).

Por ello, la Sala modificara la decisión de primera instancia, en tanto declaró la ineficacia de la afiliación o del traslado, para declarar únicamente la última, porque este es el acto de vinculación al sistema y las consecuencias jurídicas que se derivan del presente proceso, responden a la falta del deber de información al momento de traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, 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 debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, la AFP Skandia, hoy Old Mutual S.A. a la que se encuentra actualmente afiliada la accionante deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus

propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia se modificará en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a las AFP Protección S.A. y Colfondos S.A. de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculado a este fondo, dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). En consecuencia, la sentencia será adicionada en este punto. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la

omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 y CSJ SL373-2021, entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 17 de febrero de 2022, para en su lugar disponer la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, conforme quedo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Skandia S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales, así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de

administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. 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.

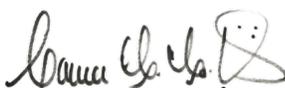
TERCERO: ADICIONAR la decisión en el sentido de condenar a las AFP Protección S.A. y Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculado a este fondo. 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.

CUARTO: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

QUINTO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

SEXTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Aclaración de voto

020 2020 00267 01



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 020 2021 000181
DEMANDANTE: ROCIO FABIOLA DEL PILAR CORTÉS VILLAMIL
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de julio de dos mil Veinte (2022).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 1 marzo de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la «nulidad» del traslado y afiliación del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Colmena S.A. hoy Protección S.A. En consecuencia, ordenar al fondo privado trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, rendimientos, intereses y bonos pensionales. Ordenar a la última activar la afiliación sin solución de continuidad. Así mismo, se disponga a las demandadas reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso. De manera subsidiaria solicitó declarar la ineficacia del traslado de la accionante realizado del RPM al RAIS mediante la AFP Colmena S.A.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 1 de septiembre de 1962. Cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 11 de enero de 1983. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Colmena S.A. hoy AFP Protección, el 1 de enero de 1995, por temor a que el ISS se acabara y con la promesa que obtendría una mesada superior. Adujo que la AFP, no le brindó información completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las características de cada régimen, sus ventajas y desventajas, las consecuencias del cambio y requisitos para adquirir la pensión. Arguyó que no le fue informado por parte de Colmena ni Colpensiones la posibilidad de regresar al régimen de prima media en los términos establecidos en la ley. Finalmente, que solicitó a las demandadas el traslado de régimen (expediente digital, fls. 1 a 27).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la demandante, la afiliación al Instituto de Seguros Sociales, el traslado al RAIS a través de la AFP Colmena S.A. y la solicitud de retorno a RPM. Manifestó que los restantes hechos no le constan o no son ciertos. Formuló las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición por cuanto no cumplía con los requisitos de edad y tiempo cotizado al 1 de abril de 1994, no hizo uso del derecho de retracto, por tanto no puede retornar a RPM como quiera que esta incurra en una prohibición legal (expediente digital, archivo 04 fls. 3 a 44).

La AFP Protección S.A. se opuso al éxito de las aspiraciones. Aceptó el natalicio de la actora, el traslado al RAIS, las semanas cotizadas al sistema general de pensiones y la petición de retorno a Colpensiones. De

los demás hechos dijo que no son ciertos o no le constan. 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 y las demás declarables de oficio. En su defensa, expuso que todas las actuaciones del fondo son precedidas de la buena fe y la legalidad y la afiliación al fondo fue libre y voluntaria y se materializó con la suscripción del formulario, tal como disponía la ley para la época (expediente digital archivo 06, fls. 3 al 37).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 01 marzo de 2022 a folios 167 y 168, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional de prima media con prestación definida, efectuado por la señora Rocío del Pilar Fabiola Cortés Villamil hacia la sociedad Colmena S.A., luego ING (hoy Protección S.A.), efectuado el 22 de diciembre de 1994; en atención a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a Colpensiones.

TERCERO: ORDENAR a Protección S.A., devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones obligatorias a pensiones de la afiliada Rocío Fabiola del Pilar o Rocío del Pilar Fabiola Cortes Villamil, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a Colpensiones y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

CUARTO: CONDENAR en costas a Protección y Colpensiones y a favor de la parte actora. Tásense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho el equivalente a tres (3) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes, pagaderos a cuota parte.

QUINTO: De ser o no apelada la presente decisión, envíese al superior Tribunal de Bogotá Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró que brindó a la demandante al momento de la afiliación información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional que le permitiera tomar una decisión consciente.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada Colpensiones apeló lo resuelto.

Colpensiones imploró revocar la decisión, al argumentar que la declaratoria de nulidad y/o ineficacia de afiliación quebranta el principio de sostenibilidad financiera contenido en la Constitución Política de 1999. Aseguró que el ahorro de la accionante no es suficiente para financiar su pensión teniendo en cuenta que en el RPM las pensiones se dan de forma vitalicia y en el RAIS hasta agotar los recursos ahorrados. En caso de no acogerse las súplicas, solicitó que el cálculo actuarial este a cargo de la AFP o la demandante para solventar la descapitalización del sistema.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones

del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones, la promotora del juicio se afilió al ISS el 11 de enero de 1983 (expediente digital, archivo 07 fls. 44 a 47), migró al RAIS, administrado por Colmena S.A. el 1 de enero de 1995., con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, archivo 06 fl. 51), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE Y ESPONTANEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS DE ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.

Posteriormente se trasladó a ING el 1 de abril de 2000 y a partir del 31 de diciembre de 2012 y en adelante a Protección S.A. (expediente digital, archivo 06 fl. 56).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que en 1994 trabajaba con el Banco del Estado allí llegaron asesores del fondo privado a captar clientes, manifestaron que el ISS estaba por extinguirse y por ello, se habían creado los fondos privados de pensiones en donde podría pensionarse antes, invertir en su futuro a través de una cuenta individual que obtendría rendimientos y heredar el ahorro, razones que la llevaron a suscribir y diligenciar el formulario de afiliación de forma voluntaria. Arguyó que confió en Colmena puesto que estaba afiliada a salud con esta promotora. Explicó que aunque solicito al ISS retornar al RPM su petición fue rechazada. Refirió que su interés en trasladarse radica en que las expectativas en el fondo privado no se cumplen y por el monto de la pensión.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Colmena, hoy Protección S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de

vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. (CJS SL 5686-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha administradora faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Como quiera que el Juzgado declaró la ineficacia de la afiliación y el traslado al RAIS, la Sala modificará la decisión de primera instancia, para declarar únicamente la ineficacia del traslado, dado que la afiliación a pensiones es una, la inicial y los cambios posteriores obedecen a traslados entre regímenes o entre administradoras del RAIS.

Importa reiterar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, 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 debieron ingresar a RPM. Criterio que igualmente, es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por tanto, la AFP Protección S.A. administradora a la cual se encuentra afiliada actualmente la accionante, deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que

haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 1

marzo de 2022, en el sentido de indicar que se declara la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la decisión analizada el cual quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales, así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. 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 los demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Aclaración de voto
020 2021 00181 01



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 023 2021 00515 01
DEMANDANTE: JAVIER ERNESTO REY CASTIBLANCO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuesto por las demandadas las AFP Colfondos S.A., Protección S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 4 de abril de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare que es «nulo» el traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Colfondos S.A. y esta válidamente afiliado a prima media. En consecuencia, se condene a Protección S.A. y Colfondos S.A. a trasladar los aportes junto con los rendimientos y cuotas de administración a Colpensiones. Se disponga a las demandadas reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso. Subsidiariamente, declarar la ineficacia «y/o invalidez» del traslado del

régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Colfondos S.A.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 4 de octubre de 1962, se afilió al Instituto de Seguros Sociales en septiembre de 1989 y cotizó 275,86 semanas. El 10 de febrero de 1995, se trasladó al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A. y posteriormente cambió a la AFP Protección, el 11 de septiembre de 1995. Indicó que los fondos privados no le informaron de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto de las características, beneficios, riesgos, desventajas o inconveniente de cada régimen. Refirió que ha cotizado más de 1.433 semanas a lo largo de su vida laboral. Colfondos S.A. realizó proyección según la cual allí obtendría una mesada de \$908.528, entre tanto, en Colpensiones ascendería a \$2'155.888. Finalmente, que Colpensiones negó la petición de traslado (expediente digital, archivo 01 fls. 1 a 14).

Colpensiones rechazó el éxito de las súplicas. Aceptó la data del natalicio del accionante, la afiliación al ISS, las semanas cotizadas al RPM, el traslado de régimen, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó que no le constan los demás hechos. Planteó las excepciones de inoponibilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicabilidad de la sentencia SL 373 de 2021 para aquellos que consolidaron su derecho en el RAIS y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que no se acreditan los supuestos legales para declarar la ineficacia del traslado. Adujo que actor no es beneficiario del régimen de transición y está incurso en prohibición legal de retornar a prima media. Señaló que al ordenar el

retorno se atentaría contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema (expediente digital, archivo 5 fls. 1 a 33).

La AFP Protección S.A. se opuso a la prosperidad de las peticiones. Admitió la data de natalicio del actor y la proyección pensional. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos restantes. 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 del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe»* y las demás declarables de oficio. Sostuvo que el demandante se afilió de forma libre y voluntaria mediante la suscripción del formulario, previa asesoría brindada conforme a las exigencias legales. Indicó que el actor es beneficiario del régimen de transición y se encuentra incurso de la prohibición legal para regresar a RPM en razón a la edad (expediente digital, archivo 06 fls. 1 a 21).

La AFP Colfondos S.A., negó el éxito de las peticiones. Aceptó la data del natalicio del accionante, la afiliación a este fondo y la respuesta de la solicitud. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos restantes. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, *«ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorio administrado por Colfondos S.A.»*, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y las demás declarables de oficio. En defensa de sus intereses, refirió que sus actuaciones han estado enmarcadas en los principios de buena fe y legalidad. Que el demandante manifestó su voluntad de pertenecer al RAIS con la suscripción del formulario y que la variación en el monto de la

mesada pensional no constituye vicio del consentimiento, ni argumento válido para retornar a RPM (expediente digital, archivo 07 fls. 1 a 16).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 4 de abril de 2022 (expediente digital, carpeta 16), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o el traslado del señor demandante Javier Ernesto Rey Castiblanco al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, y conforme a la parte considerativa, también se declara, sigue la misma suerte la ineficacia también del traslado horizontal realizado hacia la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., conforme a lo considerado.

SEGUNDO: CONDENAR a Colfondos Pensiones y Cesantías a trasladar o devolver a Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación del señor demandante entre el 1 de marzo de 1995 al 30 de septiembre de 1995, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora, sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, que estamos declarando, dineros que se ordenan devolver de forma indexada desde la fecha de su causación a la fecha de su pago.

PARAGRAFO: Se autoriza a efectuar como único descuento el dinero transferido por esta AFP a la AFP Protección con ocasión al traslado solicitado por el demandante al 1 de octubre de 1995.

TERCERO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, todos los dineros recibidos con ocasión a la afiliación que el señor demandante efectuó en dicho fondo, todos los rendimientos causado y pagados a dicha administradora, sin la posibilidad de descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia que estamos declarando, dineros que se ordenan devolver de forma indexada desde la fecha de su causación a la fecha efectiva de su pago.

CUARTO: DECLARAR que el señor Javier Ernesto Rey Castiblanco se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por Colpensiones, conforme a lo considerado.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEXTO: CONDENAR en costas a Colfondos Pensiones y Cesantías.

SÉPTIMO: SE ORDENA la consulta de la presente sentencia a favor de Colpensiones.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no acreditó que suministró al demandante información necesaria, relevante, clara, completa y comprensible sobre los regímenes pensionales que le permitieran tomar una decisión consciente sobre las implicaciones de su decisión por lo que procede declara la ineficacia deprecada.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas apelaron lo resuelto.

La AFP Colfondos S.A. solicitó revocar la orden de trasladar gastos de administración debidamente indexados, toda vez que estos montos fueron descontados por disposición legal, retribuyeron la gestión de la AFP que produjo rendimientos, los cuales incrementaron el saldo de la cuenta individual y son susceptibles de prescribir, pues no integran el capital para financiar la pensión. Señaló que de haber acaecido algún siniestro el demandante hubiere estado cubierto frente a los riesgos de invalidez o muerte, pues se giró a un tercero de buena fe los recursos para cubrir las pólizas correspondientes.. Manifestó que la indexación, se tornaría en una condena por daños y perjuicios, situación que no fue discutida.

La AFP Protección S.A., aspira se revoque la sentencia en cuanto la condenó a devolver gastos de administración, dado que estas sumas fueron descontadas por mandato legal, compensaron la buena gestión del fondo que generó rendimientos en la cuenta individual que también se ordena trasladar con lo cual se desconocen los efectos reales de la declaratoria de ineficacia. Indicó que no es procedente retorna la prima de seguro previsional, pues los dineros correspondientes fueron girados a una aseguradora que es un tercero de buena fe que no intervino en el acto de traslado, en todo caso estos dineros mantuvieron al demandante cubierto frente a los riesgos de invalidez o muerte.

Colpensiones reclama la revocatoria de la sentencia, al argumentar que el actor no demostró la configuración de vicios del consentimiento, tampoco que tuviere una expectativa legítima, pues no era beneficiario del

régimen de transición, además se encuentra inmerso en una prohibición legal que le impide retornar al RPM en razón a la edad. Igualmente, la simple inconformidad en el monto de la mesada pensional no es argumento válido para declarar la ineficacia. Tampoco se puede exigir a los fondos requisitos adicionales a los previstos en el ordenamiento jurídico al momento del traslado. Señaló que el actor fue descuidado y desinteresado en cuanto a su futuro pensional, con todo mantuvo la vinculación por más de 20 años y realizó aportes. Refirió que ordenar el retorno de quien nunca ha contribuido al fondo común.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones

del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones el actor se afilió al ISS el 1 de septiembre de 1989 (expediente digital, archivo 05 fl. 231), migró al RAIS, administrado por Colfondos S.A. el 10 de febrero de 1995, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, archivo 01 fl. 134, archivo 07 fl. 95), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DE RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN

PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA COMPAÑÍA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTÍAS S.A. COLFONDOS PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.

Posteriormente, se trasladó a Colmena el 1 de octubre de 1995, a ING el 1 de abril de 2000 y a partir del 31 de diciembre de 2012 a Protección S.A. en adelante, conforme certificación expedida por Asofondos (expediente digital, archivo 06 fl. 58).

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante manifestó que para el momento del traslado trabajaba en Caracol Televisión - "Producciones JES" allí asesores de Colfondos le informaron que el Instituto de Seguros Sociales, estaba en mala situación, que iba a desaparecer, podría perder los aportes que ya había realizado, entre tanto, que en el fondo privado podría continuar de forma segura y que obtendría mayores rendimientos, pensionarse antes y con mejor mesada. Señaló que se trasladó a Protección porque llegaron a la empresa asesores manifestando que sería lo mejor para todos, pues ofrecían mayor rentabilidad. Indicó que no ha realizado aportes voluntarios. Aceptó que se afilió de manera libre y voluntaria conforme a la información que se le brindó. Confesó que su intención de trasladarse radica en que obtendría una mesada mayor en Colpensiones.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Colfondos S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo

privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. (CJS SL 5686-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha AFP faltó a su deber de información, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia, lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360-2019).

Por ello la Sala modificará la decisión de primera instancia, en tanto declaró la ineficacia de la afiliación o el traslado, para declarar únicamente la última, porque este es el acto de vinculación inicial al sistema y las consecuencias jurídicas que se derivan del presente proceso, responden a la falta al deber de información al momento del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, 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 debieron ingresar a RPM. Criterio que igualmente, es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por tanto, la AFP Protección S.A. a la que se encuentra actualmente afiliado, deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia se modificará en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Colfondos S.A. de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo, dado que la declaración de ineficacia impone la devolución de dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). En consecuencia, la sentencia será modificada en este aspecto. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con

anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 4 de abril de 2022, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., únicamente en el sentido de declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad., conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia del *a quo* en el sentido de condenar a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo. 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: MODIFICAR el punto tercero de la decisión de primera instancia que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Protección S.A., a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo. 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.

CUARTO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

QUINTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
Aclaración de voto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 024 2021 00041 01
DEMANDANTE: ORLANDO TORRES CORONADO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., Veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos interpuestos por las demandadas la AFP Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de marzo de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare ineficaz «la afiliación» al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A., y válidamente afiliado a Colpensiones. En consecuencia, condenar a la AFP a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento. A la última a activar la afiliación y recibir la totalidad de los aportes. Finalmente, se disponga a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que cotizó al Instituto de Seguros Sociales. En diciembre de 2000, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A. Adujo que un representante del fondo le aseguró que el ISS se liquidaría y podría perder las semanas cotizadas, entre tanto, en el RAIS obtendría una mejor pensión, pero no le brindó información veraz, oportuna, pertinente y objetiva sobre las características, diferencias, ventajas y desventajas de cada régimen, ni las consecuencias del traslado. Refirió que conforme a proyección pensional realizada por la AFP, su mesada en el RAIS sería de \$877.803, entre tanto, en Colpensiones ascendería a \$5'577.584. Finalmente, que las demandadas negaron la solicitud de traslado a RPM (expediente digital, archivo 01 fls. 4 a 15).

La AFP Porvenir S.A. se opuso al éxito de las pretensiones. Manifestó que los hechos no son ciertos o no le constan. Formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las demás declarables de oficio. En su defensa, sostuvo que no hay lugar a declarar la nulidad del acto jurídico, pues la administradora cumplió con el deber de brindar información en los términos establecidos en el ordenamiento jurídico para la época y el formulario correspondiente fue suscrito voluntariamente por persona plenamente capaz (expediente digital, archivo 06 fls. 1 a 43).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las peticiones. Aceptó la afiliación al ISS, el traslado de régimen, la solicitud de retorno a RPM y su respuesta. Manifestó que los demás hechos no le constan. Planteó las excepciones de *«inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen»*, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y las demás declarables oficiosamente. En su

defensa sostuvo que el actor se encuentra válidamente afiliado al RAIS, pues suscribió voluntariamente el formulario de vinculación, además expuso que de prosperar las peticiones se atentaría contra el equilibrio financiero del régimen de prima media (expediente digital, archivo 07 fls. 3 a 39).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 25 de marzo de 2022 (expediente digital, archivo 17), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación del señor Orlado Torres Coronado al régimen de ahorro individual a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir, efectuada el 20 de diciembre del año 2000, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales el señor Orlado Torres Coronado nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, contrario a ello, siempre estuvo en el régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: ORDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor Orlado Torres Coronado como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, ello significa, que se debe trasladar lo que el demandante tenga en su cuenta de ahorro individual al momento en que se haga efectivo el traslado, junto con los valores que haya deducido por concepto de gastos de administración, conforme se indicó en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a recibir al señor Orlado Torres Coronado como su afiliado, actualizar y corregir la historia laboral de aquel, una vez reciba los dineros que deba trasladar la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir.

QUINTO: DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por la pasiva, conforme a lo antes expuesto.

SEXTO: Sin condena en costas.

SÉPTIMO: En el evento de que la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones no interponga recurso de apelación contra la presente decisión, remítase el expediente para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, de conformidad con lo expreso en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social a la sala de decisión laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no acreditó que cumplió con el deber de brindar información completa y comprensible al momento del traslado, por ello, no se puede concluir que el actor conocía las características de cada régimen pensional, y más bien se infiere la usencia de una libertad informada, por consiguiente es procedente declarar la ineficacia de la vinculación.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

La AFP Porvenir S.A imploró revocar la sentencia al argumentar que el acto jurídico del traslado es válido, pues fue adelantado por una persona capaz, en uso de sus facultades, quien conocía las implicaciones de cambió y por ello suscribió el formulario de afiliación. Adujo que el actor no cumplió con sus deberes como consumidor financiero al momento del cambió y ratificó su voluntad de pertenecer al RAIS, ya que decidió mantenerse vinculado y realizar cotizaciones de forma constante por más de 20 años. Advirtió que el accionante se encuentra incurso de una prohibición legal de retornar a RPM.

De otra parte, sostuvo que no es procedente ordenar la devolución de gastos de administración, pues la gestión de la AFP generó rendimientos que son superiores a estos rubros, incluso superiores al capital aportado, que también se ordena trasladar. Refirió que sobre los susodichos gastos opera el fenómeno extintivo de la prescripción como quiera que no son rubros que integren el capital con el cual se financia la pensión.

Colpensiones, reclama la revocatoria de la sentencia, al argumentar que no se probó la configuración de algún vicio del consentimiento. Indicó que el actor no cumplió con sus deberes como consumidor financiero pues debió adelantar el traslado habiéndose informado previamente sobre las implicaciones de su decisión. Manifestó que el actor permaneció vinculado durante un largo periodo en el cual guardo silencio, por tanto debe

entenderse que tácitamente ratificó su decisión de trasladarse y saneó cualquier nulidad que hubiese podido existir.

Refirió que no es procedente declarar la nulidad del traslado por la inconformidad en el monto de la mesada pensional. Señaló que el formulario de afiliación es prueba idónea para demostrar el cumplimiento del deber de información de la AFP. En caso de no acceder a las suplicas, solicito que se condene a Porvenir a pagar perjuicios económicos.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente también procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones

del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones, el actor se afilió al ISS el 1 de junio de 1995 (expediente digital, archivo 07 fls. 259 a 262), migró al RAIS, administrado por la AFP Porvenir S.A. el 20 de diciembre de 2000, según consta en formulario de vinculación (expediente digital, archivo 06 fl. 47), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE REALIZO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL,

HABIENDO SIDO ASESORADO SOBRE TODOS LOS ASPECTOS DE ESTE, PARTICULARMENTE DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN, BONOS PENSIONALES Y LAS IMPLICACIONES DE MI DECISIÓN, ASÍ MISMO HE SELECCIONADO A PORVENIR S.A. PARA QUE SEA LA ÚNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES. TAMBIÉN DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS. IGUALMENTE DECLARO QUE HE SIDO INFORMADO DEL DERECHO QUE ME ASISTE DE RETRACTARME DENTRO DE LOS CINCO (5) DÍAS HÁBILES SIGUIENTES A LA FECHA DE LA PRESENTE SOLICITUD.

Posteriormente, se trasladó horizontalmente a Horizonte el 1 de diciembre de 2011 y a partir del 1 de enero de 2014, en adelante a la AFP Porvenir S.A., conforme a certificado emitido por Asofondos (expediente digital, archivo 06 fl. 45).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que en diciembre de 2000, hace 22 años, un representante de Porvenir se presentó en su lugar de trabajo y le ofreció trasladar los aportes efectuados al Instituto de Seguros Sociales al fondo privado, debido a que aquella entidad atravesaba una grave crisis, entre tanto Porvenir era sólido porque pertenecía al Grupo Aval y allí podría pensionarse y las semanas previamente cotizadas se trasladarían. Manifestó que no leyó el formulario, pero lo firmó voluntariamente, nunca solicitó información sobre su situación pensional a la AFP y recibió extractos muchos años después de haberse trasladado.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo

privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En el mismo sentido, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero.

En consecuencia, resulta evidente que Porvenir faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado. Por ello la Sala modificará la decisión de primera instancia, en tanto declaró la ineficacia pero de la afiliación, porque este es el acto de vinculación inicial al sistema y las consecuencias jurídicas que se derivan del presente proceso, responden a la falta al deber de información al momento del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, 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 debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, la susodicha administradora deberá devolver el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021 y 5686-2021), los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los

valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades (CSJ SL2207-2021 y CSJ 5686-2021). Por tanto, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de marzo de 2022, para en su lugar, disponer la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante, conforme quedó expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia analizada el que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital

acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. 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 los demás la sentencia el *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
Aclaración de voto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 026 2020 00134 01
DEMANDANTE: WILLIAM RAAD CAMELO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada AFP Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de abril de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare la «*nulidad y/o ineficacia del traslado*» al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, ordenar a la AFP trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos, más los detalles del traslado a Colpensiones. A esta a recibirla en el régimen de prima media con prestación definida (RPM), activar la afiliación, administrar los dineros y permitir el reconocimiento de la pensión de vejez. Así mismo, a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso

En respaldo de sus pretensiones, narró que a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, estaba afiliado al ISS. Adujo que un asesor de la

AFP Porvenir le indicó que el ISS se iba «quebrar» y que en RAIS podía pensionarse a cualquier edad, elegir el monto de la mesada o en su defecto solicitar la devolución de sus aportes cuando quisiera, pero no le puso de presente de forma clara las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado, tampoco se hizo una proyección pensional, ni le ilustró sobre la posibilidad de regresar antes de los 10 años para alcanzar la edad pensional. Sostuvo que de continuar vinculado al RAIS su mesada equivaldrá a un salario mínimo mensual, entre tanto, en Colpensiones ascendería a \$2.000.000 (expediente digital, documento 01 fls. 2 a 17, subsanación fl. 45).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió únicamente la afiliación al ISS. Manifestó que los demás hechos no le constan. Formuló las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos. Para enervar las pretensiones, argumentó que de la demanda se colige que actor gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen y se trasladó de manera libre y espontánea. (expediente digital, archivo 01 fls. 67 a 78).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. De los hechos dijo que no le constan o no son ciertos. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, sostuvo que el traslado no tiene objeto o causa ilícita, el actor gozaba de plena capacidad para ejercer su derecho de elegir régimen pensional y ahora está imposibilitado para regresar en razón de la edad (expediente digital, documento 01 fls. 94 a 122).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 25 de abril de 2022 (expediente digital, documento 08), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante William Raad Camelo al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de noviembre de 1999, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR al fondo de pensiones Porvenir a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones la totalidad de los aportes realizados por el demandante, junto con los rendimientos financieros causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones a que acepte dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: CONDENAR en costas de esta instancia al fondo de pensiones Porvenir. Fijándose como agencias en derecho la suma de un millón de pesos (\$1.000.000).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al momento de la afiliación información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, si bien el actor tenía conocimiento de algunos requisitos pensionales en el RPM el fondo privado era quien tenía la obligación de explicarle las diferencias entre uno y otro régimen.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada AFP Porvenir S.A. solicitó revocar la sentencia por cuanto se desconoce el principio de la autonomía de la voluntad privada mediante la cual el actor suscribió el formulario de afiliación en los términos previsto en la ley vigente para la época. Aseguró que en más de 20 años de afiliación no presentó inconformidad alguna y solo a portas de adquirir el derecho pensional quiso efectuar el cambio, ya incurso en prohibición legal para retornar al RPM en razón de la edad; omitiendo así sus deberes como consumidor financiero.

Argumentó que no es procedente retornar los gastos de administración, pues estos fueron descontados mes a mes, por mandato legal, compensaron la buena administración del fondo que generó rendimientos depositados en la cuenta individual, los cuales también se ordenó trasladar. Alegó que los seguros previsionales fueron contratados y pagados a un tercero de buena fe, para cubrir las pólizas correspondientes. Señaló que estos recursos en todo caso son susceptibles

de ser afectados por la prescripción, porque no financian la mesada pensional. Finalmente, refirió que se generaría un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se*

encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del

afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas el actor se afilió Instituto de Seguros Sociales, el 17 de enero de 1979 (expediente digital, documento 01, fl 27), migró al RAIS, a través de la administradora Porvenir S.A. el 27 de noviembre de 1999, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, documento 01, fl. 171), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE REALIZO DE FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL. HABIENDO SIDO ASESORADO SOBRE TODOS LOS ASPECTOS DE ESTE, PARTICULARMENTE DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN, BONOS PENSIONALES Y LAS IMPLICACIONES DE LA DECISIÓN. ASÍ MISMO HE SELECCIONADO A PORVENIR PARA QUE SEA LA ÚNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES. TAMBIÉN DECLARÓ QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS. IGUALMENTE DECLARÓ QUE HE SIDO INFORMADO DEL DERECHO QUE ME ASISTE DE RETRACTARME DENTRO DE LOS (5) DÍAS HÁBILES SIGUIENTES A LA FECHA DE LA PRESENTE SOLICITUD.

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que para la época del traslado trabajaba para la Iglesia Misión Carismática Internacional, allí fueron asesores de varios fondos. Escogió Porvenir S.A. porque el asesor le dijo que el ISS se iba acabar y que en el fondo podía pensionarse a la edad que quisiera, no importaba el número de semanas y obtendrían una excelente pensión, pero no le indicó el monto. Admitió que no realizó muchas preguntas, que solo se interesó en indagar sobre la pensión cuando iba a cumplir la edad y que su interés para retornar es porque siente que fue engañado.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. (CJS SL 5686-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la AFP Porvenir S.A. faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, 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 debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, Porvenir S.A., deberá entregar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por ello, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de

cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 y CSJ SL373-2021, entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de abril de 2022, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. 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 los demás la sentencia del *a quo*.

TERCERO: Sin COSTAS en la consulta y en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Aclaración de voto

026 2020 00134 01



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 032 2019 00426 01
DEMANDANTE: LUIS ENRIQUE ACERO AMAYA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 17 de mayo de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare la “*nulidad*” o ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través Porvenir S.A. En consecuencia, ordenar a la AFP trasladar a Colpensiones, bonos pensionales, liquidar el valor de los aportes existentes en la cuenta individual, con el respectivo cálculo actuarial, rendimientos financieros, intereses, comisiones, gastos de administración y de servicios financieros. A la última a recibir los conceptos y tenerlo como afiliado sin solución de continuidad. Así mismo se condene a las demandadas a pagar las costas de proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 5 de mayo de 1963, se afilió al Instituto de Seguros Sociales en agosto de 1979, allí cotizó 586.42 semanas. Se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. el 1 de agosto de 1996, convencido por la asesora que era inminente la desaparición del ISS, que el Gobierno Nacional no garantizaría el reconocimiento y pago de las pensiones y podía perder los aportes efectuados. Además le informó que la mesada sería reconocida de forma anticipada y en monto superior. Adujo que el fondo, no cumplió con el deber de brindarle información sobre características de cada régimen, las ventajas y desventajas del cambio y sus implicaciones, no le realizó proyecciones comparativas. Manifestó que mediante proyección del 2019 Porvenir S.A. le informó que obtendría una mesada de \$828.117, entre tanto, en Colpensiones conforme al ingreso de base de cotización obtendría una pensión superior. Señaló que cuenta con más 1.432 semanas cotizadas a lo largo de su vida laboral. Finalmente, relató que solicitó a Colpensiones tramitar el retorno con Porvenir (expediente digital, documento 01 fls. 5 a 15).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de natalicio del actor, el traslado al RAIS, la reclamación administrativa y la respuesta negativa. Manifestó que los demás hechos no le constan o no son ciertos. Formuló como excepciones de mérito la validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la constitución política por el acto legislativo 01 de 2005, compensación, prescripción y las demás declarables oficiosamente. Para enervar las pretensiones, argumentó que el demandante no es beneficiario del régimen de transición y está incurso en una prohibición de retornar a prima media en razón a la edad. Advirtió que el traslado se efectuó de forma libre y voluntaria (expediente digital, archivo 01 fls. 54 a 67, subsanación archivo 01 fls. 70 a 76).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos de la demanda. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, sostuvo que el traslado fue producto de una decisión libre de presiones y engaños que se materializó con la suscripción del formulario de afiliación en el cual consta que era consciente de las implicaciones y efectos de su decisión. Además indicó que no es beneficiario del régimen de transición y ratificó su voluntad de permanencia en el RAIS por más de 20 años (expediente digital, documento 01 fls. 107 a 129).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 17 de mayo de 2022 (expediente digital, documento 19), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por el demandante Luis Enrique Acero Amaya.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la demandada Porvenir S.A. a trasladar con destino a Colpensiones la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración, esto último debidamente indexado.

CUARTO: ORDENAR a la demandada Colpensiones a recibir al demandante Luis Enrique Acero Amaya como afiliado al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada Porvenir S.A. y a favor del demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos 2 salarios mínimos legales vigentes. Sin costas respecto de Colpensiones.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada Colpensiones remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al momento de la afiliación información clara y suficiente de las características, condiciones beneficios, diferencias, riesgos y

consecuencias del cambio de régimen pensional que le permitiera al actor conocer los efectos de trasladarse teniendo en cuenta sus condiciones particulares.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones S.A. apelaron lo resuelto.

La AFP Porvenir S.A. imploró revocar la sentencia por cuanto el traslado fue eficaz y válido, pues se efectuó de conformidad con los preceptos legales de la época y no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento. Preciso que el formulario fue suscrito de manera libre y voluntaria, por una persona capaz, en uso de sus facultades y este documento no fue tachado, ni desconocido. Arguyó que el actor admitió que le fueron informadas las características del régimen, que no le surgieron dudas y no manifestó descontento y que su inconformidad se basa en una mera expectativa sobre la mesada pensional. Añadió que el *a quo* refirió que no se allegaron pruebas que demostraran el deber de información que le asistía a la AFP, lo que no se ajusta a la realidad procesal porque obra formulario e interrogatorio del demandante donde manifestó que se efectuó la vinculación de manera libre y voluntaria, y permaneció por más de 25 años afiliado en los que realizó aportes de lo que se infiere su intención de permanecer al RAIS.

Arguyó que no es factible ordenar la devolución de gastos de administración, pues estas sumas se causan en los dos regímenes, su traslado descocería la labor del fondo y con ello se generaría un enriquecimiento injusto en cabeza de Colpensiones. Aunado a son susceptibles de prescribir porque no financian la prestación de vejez.

Por su parte, Colpensiones solicitó revocar la decisión al señalar que el demandante se encuentra incurso en prohibición legal de retornar al régimen de prima media en razón de la edad, que resulta insuperable como quiera que no es beneficiario del régimen de transición. Señaló que

la información fue brindada en los términos previstos en la ley para la época y no puede exigirse a las AFP acreditar requisitos incorporados con posterioridad en el ordenamiento jurídico. Señaló que en virtud de principio de relatividad jurídica la entidad que ha actuado de buena fe, no puede verse perjudicada por actos de terceros.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la

existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas el actor se afilió Instituto de Seguros Sociales, el 28 de agosto de 1979 (expediente digital, documento 14 fl. 86), migró al RAIS, a través de la AFP Horizonte el 19 de julio de 1996, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, documento 14, fl.42), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA HORIZONTE S.A. PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.

Posteriormente cambió a la AFP Porvenir S.A. el 1 de enero de 2014 (expediente digital, documento 14 fl. 40).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que para la época del traslado laboraba en «*Postobón*», que era dueño de Horizonte, en su lugar de trabajo se adelantó una reunión a la que asistieron unas 50 personas. Adujo que el asesor de la AFP les indico que obtendrían una mejor pensión y obtendría descuentos en tiendas, si hacían el cambio, pero no ahondo en las características del régimen, además se escuchaba que quien no firmara perdería el empleo. Aceptó haber recibido extractos indicó que se enteró de las condiciones en las que se pensionaría por el voz a voz y por familiares que se han pensionado.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Horizonte, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la AFP Horizonte faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. (CJS SL 5686-2021).

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, 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 debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, Porvenir S.A., a la que se encuentra actualmente afiliado, deberá entregar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por ello, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad

social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión, por ello, la sentencia será adicionada en este punto.

Importa señalar que las sumas descontadas por concepto de gastos de administración deben ser trasladadas debidamente indexadas, como quiera que estos dineros no entraron a la cuenta individual y por tanto respecto de ellos no se generaron rendimientos y el demandante no está llamado a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 y CSJ SL373-2021, entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 17 de mayo de 2022, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. 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: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta y en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
Aclaración de voto
032 2019 00426 01



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 032 2020 00347 01
DEMANDANTE: ANA CRISTINA SUAREZ CASTRO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Protección S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 3 de mayo de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Protección S.A. adelantado el 21 de julio de 1999 y que para todos los efectos la única afiliación válida fue al ISS. En consecuencia, ordenar a las accionadas a realizar todas las gestiones administrativas pertinentes para declarar ineficaz el traslado. Ordenar a la AFP, a trasladar a Colpensiones los dineros que se encuentran depositados en la cuenta de ahorro individual y a esta a recibir los recursos, corregir y actualizar la historia laboral y tenerla como válida afiliada. Se disponga a las demandadas reconocer

los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra* y *extra petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 24 de julio de 1964. Se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 28 de enero de 1990 y cotizó 372 semanas. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Protección S.A. el 21 de julio de 1999. Adujo que la decisión no estuvo precedida de la suficiente información e ilustración, pues no se le dieron a conocer las características, ventajas y desventajas de cada uno de los dos regímenes. Resalto que la AFP no le informó sobre la imposibilidad de trasladarse cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad requerida para acceder al derecho pensional. Conforme a proyección pensional realizada por la AFP, su mesada en el RAIS sería de \$877.803, entre tanto, en Colpensiones ascendería a una mesada pensional de \$2.224.776. Finalmente, que solicitó a las demandadas la nulidad del traslado (expediente digital 02 fls. 1 a 16).

La AFP Protección S.A. se opuso al éxito de las aspiraciones. Aceptó el natalicio de la actora. De los demás hechos dijo que no son ciertos o no le constan. 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 y las demás declarables de oficio. Expuso que ha actuado de buena fe y acatando la legalidad, por lo tanto, los afiliados se han vinculado de forma libre y voluntaria y han materializado su voluntad con la suscripción del formulario (expediente digital, archivo 06 fls. 3 a 28).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la demandante, la afiliación al Instituto de Seguros Sociales y la solicitud de nulidad del traslado. Manifestó que los restantes hechos no le constan o no son ciertos. Formuló las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y

ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y las declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que la accionante se encuentra válidamente afiliada al RAIS por haber suscrito de manera libre, voluntaria, consiente y sin presiones el formulario. Además no puede retornar a RPM por estar incurso en una prohibición legal (expediente digital, archivo 07 fls. 2 a 30).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 3 de mayo de 2022 (expediente digital, archivo 13), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por la demandante Ana Cristina Suarez Castro a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A., de fecha 26 de julio de 1999.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a la demandada Protección S.A. a trasladar con destino a Colpensiones la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración, esto último debidamente indexado.

CUARTO: ORDENAR a la demandada Colpensiones a recibir a la demandante Ana Cristina Suarez Castro como afiliada al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada Protección S.A. y a favor de la demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes. Sin costas respecto de Colpensiones.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada Colpensiones remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP Protección no demostró que brindó a la demandante al momento de la afiliación información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características,

condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional que le permitiera tomar una decisión consciente.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas apelaron lo resuelto.

La AFP Protección S.A., solicitó revocar la sentencia en cuanto le ordenó devolver las comisiones por de administración y primas de seguro, pues estas sumas fueron descontadas por mandato legal, retribuyeron la gestión de la AFP que generó rendimientos a la cuenta de ahorro de ahorro individual. Alegó que trasladar estos conceptos generaría un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones porque estos no integran el capital destinado a financiar la pensión, lo que además los hace susceptibles de prescribir. Sostuvo que tampoco es viable la devolución de las sumas para el pago de seguros previsionales, como quiera que dichos recursos fueron sufragados y la compañía aseguradora cumplió con su deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza.

Por su parte, Colpensiones solicitó revocar la decisión al señalar que la demandante se encuentra incurso en prohibición legal de retornar al régimen de prima media en razón de la edad, insuperable como quiera que no contaba con 15 años cotizados a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Señaló que la limitación legal propende por la sostenibilidad financiera del sistema. Imploro tener en cuenta lo expuesto por la Corte Constitucional en relación al estudio de rentabilidad para que el ahorro realizado no sea inferior al total al aporte legal de haber permanecido en el RPM. Refirió que la obligación que le asistía al fondo privado correspondía a brindar información en los términos previstos en la ley y no es dable ahora exigir otros incluidos en el ordenamiento jurídico con posterioridad. Señaló, además, que debe tenerse en cuenta la relatividad jurídica que genera efectos inter partes por lo que no debería verse favorecida ni perjudicada la entidad.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de

2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

En el expediente no obra prueba alguna que permita determinar la fecha en la cual la actora se afilió al régimen de prima media con prestación definida, pero es posible determinar que migró al RAIS, administrado por Colmena hoy Protección S.A. el 26 de julio de 1999, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, archivo 06 fl. 37), en el que se puede leer:

DE ACUERDO CON EL DECRETO 692 DE 1994 ARTÍCULO 11 HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE ELEGIDO A CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA AIG PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESA SOLICITUD SON VERDADEROS.

Posteriormente, se afilió a ING el 1 de abril de 2000 y a partir del 31 de diciembre de 2012 y en adelante a Protección S.A., conforme certificado emitido por Asofondos (expediente digital, archivo 06 fl. 44).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que para la época del traslado en su lugar de trabajo fue abordada por una promotora quien le manifestó que era asesora de un fondo privado, le dijo que el ISS se iba acabar porque estaba atravesando una crisis financiera muy fuerte y de no cambiarse perdería todas las semanas, además le puso de presente que muchos de sus compañeros de trabajo ya se habían trasladado en atención al respaldo que tenía el fondo. Refirió haber suscrito el formulario por el temor de perder las semanas cotizadas y que su traslado horizontal se debió a que en su trabajo les entregaban los formularios de los que infirió que ING pasaba a ser Santander y luego Protección. Aceptó que el monto de la mesada pensional y la incertidumbre sobre que pasará llega a faltar ya que su esposo es una persona en condición de discapacidad, son las razones que la motivan a trasladarse. Indicó haber recibido extractos, pero no revisarlos porque no los comprendía. Señaló desconocer que había un tiempo límite para cambiarse de régimen.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Colmena, hoy Protección S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha administradora faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Importa reiterar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, 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 debieron ingresar a RPM. Criterio que igualmente, es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por tanto, la AFP Protección S.A. administradora a la cual se encuentra afiliada actualmente la accionante, deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto

con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión, por ello, la sentencia será adicionada en este punto.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 3 de mayo de 2022, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales, así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión

Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. 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: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

TERCERO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

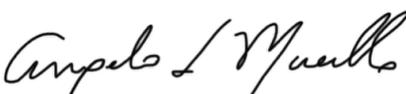
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Aclaración de voto

Radicación n.º 110013105 032 2020 00347 01.

Magistrada