



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **005 2020 00330 01**
DEMANDANTE: ADRIANA JACQUELINE TOVAR GÓMEZ
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS SA, SOCIEDAD
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR SA, y ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN SA.
LLAMADA: MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS SA

Bogotá DC, veintiuno (21) de abril de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por Skandia y Colpensiones, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta entidad, respecto de la sentencia proferida el 10 de junio de 2022, por el Juzgado 3º Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen que realizó del ISS hoy Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual administrado por Horizonte hoy Porvenir SA, por la indebida y nula información que le suministró el fondo privado; en consecuencia, que todas las afiliaciones posteriores carecen de eficacia jurídica; que su única afiliación válida fue la efectuada al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones; que se ordene a Protección trasladar a Colpensiones los aportes que tenga en su cuenta de ahorro individual, con motivo de la afiliación, bonos pensionales,

sumas adicionales de la aseguradora y comisiones cobradas, con frutos e intereses legales, y se condene en costas a las demandadas.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expone que nació el 1º de julio de 1966, efectuó cotizaciones al ISS antes del 1º de abril de 1994, y en noviembre de ese año se trasladó al RAIS mediante afiliación a la AFP Horizonte, hoy Porvenir, en aparente decisión libre y voluntaria que no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió, por lo que no existió consentimiento de libertad y voluntariedad; que el asesor del fondo privado le indicó que podía: pensionarse a la edad que deseara, solicitar el dinero en cualquier momento, pensionarse con el mínimo y el dinero restante se le devolvería, en el futuro cambiarse al ISS, y que su dinero se multiplicaría y generaría dividendos altos; que para la fecha del traslado la AFP Horizonte omitió efectuar los cálculos financieros, actuariales y matemáticos de la mesada pensional que recibiría en cada régimen, no le brindó una información real sobre las desventajas del traslado, omitió su deber de asesoría y buen consejo, no le informó sobre el año de gracia para trasladarse (art. 1º D. 3800 de 2003);.

Señala que antes de 2016 Porvenir debió informarle sobre la imposibilidad de trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad pensional, omitió su deber de brindarle la doble asesoría, tiene la carga de demostrar que cumplió con el deber de ofrecerle información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen; que el 17 de agosto de 2007 suscribió formulario de traslado a la AFP Skandia; que en julio de 2014 realizó cambio de administradora, encontrándose actualmente vinculada a Protección SA; que elevó reclamación el 13 de marzo de 2020 ante Colpensiones, solicitando la nulidad del traslado (arch. 002, C001).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 23 de marzo de 2021, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas; en auto del 29 de septiembre de 2021 se inadmitió la respuesta de Protección, se tuvo por no contestada a Porvenir y por contestada a las demás, así mismo, se aceptó el llamamiento en garantía a Mapfre, formulado por Skandia; y, el 27 de mayo de 2022 se tuvo por contestada la demanda por Protección y por Mapfre, así como el llamamiento (arch. 006, 014, y 18, C001).

Skandia se opuso a la totalidad de pretensiones de la demanda que recaigan en la entidad, y solicitó se le absuelva de ellas. Formuló las excepciones que denominó cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación; Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen; la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado; ausencia de configuración de causales de nulidad; inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS; ausencia de falta al deber de asesoría e información; los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante; prescripción; y, buena fe (pág. 3 a 19, arch. 010, C001).

Colpensiones se opuso a la totalidad de pretensiones, invocando como medios de defensa las excepciones que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política); buena fe de Colpensiones; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; excepción de aplicabilidad de la sentencia SL373 de 2021; inexistencia del derecho reclamado; y prescripción (pág. 2 a 22, arch. 011, C001).

Protección presentó oposición a todas las pretensiones que la involucren. Formuló las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones; 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 de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe.

Mapfre se opuso a las pretensiones de la demanda respecto de la llamante y a las del llamamiento en garantía. Propuso frente a la primera, las excepciones

que denominó los actos jurídicos de traslado y afiliación al RAIS y los posteriores traslados entre AFP 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 SA”; legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional; y, reconocimiento oficioso de excepciones.

Respecto al llamamiento, frente a la acción material ejercida por la parte demandante, la 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 SA”; “Mapfre Colombia Vida Seguros SA” no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena la llamante en garantía, a efectuar devolución de la prima 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 SA” no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante “Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías SA” y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna; inexistencia de derecho contractual por parte de “Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías SA”; y, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro.

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica el Estado**, guardó silencio pese a haber sido notificada en debida forma (arch. 009, C001).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 5º Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 10 de junio de 2022, declaró la ineficacia del traslado de régimen de prima media al de ahorro individual realizado por la demandante a través de Horizonte Pensiones y Cesantías, hoy Porvenir; ordenó a Protección que traslade a Colpensiones el valor

de las cotizaciones efectuadas con los rendimientos, frutos e intereses y a Colpensiones a recibir los aportes y actualizar la historia laboral; absolvió a Mapfre Colombia Vida Seguros SA de cada una de las pretensiones, y condenó en costas a la AFP Skandia.

En síntesis, el juez de primer grado consideró, conforme a la línea jurisprudencial construida por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, que no era dable declarar probada la excepción de prescripción, por la relación estrecha entre este asunto y el derecho irrenunciable y digno a la seguridad social; que la carga de la prueba corresponde a las administradoras de pensiones; que para el momento del traslado, aunque no se tiene el formulario se desprende del pantallazo del SIAF, ocurrió en octubre de 1994, estaba vigente el Decreto 720 de ese año, que establecía en cabeza de las administradoras el deber de información; que los formatos de afiliación no son prueba conducente del consentimiento informado; que no es necesario que la persona se encuentre en posición o situación de ser beneficiaria del régimen de transición o haber cumplido los requisitos para pensionarse; que la demandante no confesó el cumplimiento de ese deber de información; y que, en este caso sí que falló Skandia en el deber de información oportuna, pues no aparece prueba de que antes de haber cumplido los 47 años le hubiese informado a la actora que ingresar

Advirtió frente a la llamada en garantía, que los gastos de administración tienen una destinación específica y es la labor que realizan los fondos para administrar e invertir los dineros de los portafolios, y las primas de seguro previsional corresponden a una situación jurídica contractual, sin que el despacho acoja la postura de condenar a devoluciones de gastos de administración ni primas de seguro previsional, por lo que debía absolverse a Mapfre.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones interpuso recurso argumentando que la entidad no tuvo injerencia en el traslado de régimen de la demandante; que debería ser la AFP quien asuma el reconocimiento pensional bajo los mismos parámetros que ofrece el régimen de prima media, máxime que era a quien le asistía la obligación de brindar una información veraz y oportuna al momento de la suscripción del

formulario de traslado; que no resulta consecuente que los afiliados puedan solicitar en cualquier tiempo la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales; que la demandante cumplió con el estatus pensional afiliada al RAIS, al que realizó aportes por más de 25 años; y que, se tengan en cuenta el principio de relatividad jurídica, por cuanto es un tercero, que no hizo parte del acto jurídico de traslado y no puede verse favorecida o perjudicada con la decisión.

Skandia interpuso recurso solicitando se revoque la condena en costas, por cuanto en su contra no existió condena alguna; además, correspondía verificar el contexto histórico que rodeó la primera afiliación, acto jurídico en el que no intervino, siendo Horizonte la AFP y no Skandia a la que se trasladó de régimen; y, la carga de la prueba le correspondía a la parte demandante, y a Skandia demostrar lo contrario a lo señalado en la demanda, y la condena en costas que se señaló se aparta de los criterios señalados por el Consejo Superior de la Judicatura.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 10 de octubre de 2022, se admitieron los recursos de apelación interpuestos por Skandia y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta entidad, y conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 04, C002).

La demandante, Porvenir y Colpensiones presentaron alegaciones, reiterando los argumentos expuestos en la demanda, en la contestación y en la alzada (arch. 5, C002).

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en sede de tutela y en casación, razón por la cual, al analizar asuntos de esa índole había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en

providencias cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, se acata el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VII. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada y el grado jurisdiccional de consulta, y de conformidad con lo previsto en los artículos 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si el traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora del RAIS demandada, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** La demandante cotizó a través del Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones desde el 4 de noviembre de 1986 hasta el 31 de octubre de 1994, un total de 218 semanas

(pág. 45, arch. 011, C001); y, **iii**) se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Horizonte, hoy Porvenir, el 12 de octubre de 1994, posteriormente a Skandia el 17 de agosto de 2007, y el 14 de mayo de 2014 a Protección SA (pág. 35, arch. 016; págs. 34, 35, arch. 010 C001), en la que se encuentra afiliado en la actualidad.

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, norma que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Así, en sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, expresó:

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.”

Frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

“(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

(…) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los arch.s del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.”

En esta providencia, también se dijo:

“(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (…) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información, clara, veraz, comprensible y suficiente, corresponde al fondo de pensiones, desde su creación, sin importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional legítima para el momento del traslado, o se encuentra en la prohibición legal de

traslado, ya que todo esto resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, la demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Horizonte, hoy AFP Porvenir, desde el 12 de octubre de 1994, *sin que se haya allegado siquiera el formulario de vinculación suscrito*, que en todo caso, aun cuando se hace referencia expresa en ellos, como el único aportado que fue el de la vinculación a Skandia, a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información completa, comprensible, oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

“(…) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como “la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.”

Ahora bien, en lo que respecta a si debían demostrarse o no vicios en el consentimiento y los efectos de la falta de información previa al traslado de régimen pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1501-2022, precisó:

El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.

Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento «*consentimiento*» para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el «*deber de información y buen consejo*» que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.

Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no supe en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

Y en la CSJ SL5292-2021, en sede de instancia, advirtió:

De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por otra parte, respecto a los traslados posteriores y los actos de relacionamiento, se advierte que la alta corporación, en sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021 precisó que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual. Así lo expuso en la primera decisión citada:

Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Porvenir, antes Horizonte, que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte del afiliado para esa época, tal como lo concluyó el *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, y se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por la demandante el 12 de octubre de 1994, con su afiliación a la AFP Horizonte, hoy Porvenir. Se precisa en este punto de la decisión, que como se encuentra definida de manera enfática por la jurisprudencia laboral, que es esa la consecuencia de la falta de información en los términos ampliamente señalados, no hay lugar a acceder a su solicitud de ordenar como sanción el pago de la prestación a cargo de la AFP del RAIS, en las condiciones en que habría sido otorgada en el RPMPD.

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también los traslados posteriores, en este caso, los efectuados a Skandia y Protección, y todas las administradoras de fondos de pensiones respectivas deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ SL1022-2022, CSJ SL1017-2022, CSJ SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente.

Por lo expuesto, simplemente se **adicionará** el numeral **segundo** de la sentencia apelada y consultada, para ordenar a las AFP demandadas, que efectúen la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados y no ordenados, con cargo a sus propios recursos, debidamente indexados, con la discriminación y detalle de la totalidad de los valores a devolver.

Respecto de la **excepción de prescripción**, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado pensional es imprescriptible, “(...) pues, recuérdese, *«la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»*¹, por lo que resulta acertada la decisión de primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

En cuanto a la **condena en costas** impuesta en primera instancia, objeto de la apelación de la recurrente Skandia, la Sala recuerda que éstas son la erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en

¹ CSJ SL1688-2019.

un proceso judicial, y comprende las expensas y las agencias en derecho. En ese orden de ideas, se tiene que de conformidad con el art. 365 del CGP, las costas son a cargo de la parte vencida en el proceso, sin embargo, en este caso, como no se dispuso tal rubro frente a las demás AFP demandadas sin que la parte actora controvertiera tal decisión, no hay lugar a modificar esa decisión, y se **confirmará**.

Finalmente, en torno al **llamamiento en garantía** solicitado por Skandia, con el que pretende que sea la llamada aseguradora Mapfre quien devuelva las primas de seguro previsional que pagó la AFP durante el tiempo de vinculación de la demandante a aquella, acorde con la jurisprudencia ampliamente reseñada, como ya se indicó, es a las AFP, para el caso del llamamiento, específicamente a Skandia, a quien le corresponde asumir con cargo a su propio patrimonio, lo que fue descontado de los aportes pensionales efectuados a favor de la demandante, por concepto de gastos de administración, incluido el valor pagado por tales primas de seguro, y no a la aseguradora, que recibió en virtud de un contrato válidamente celebrado entre las partes, en el que actuó como un tercero de buena fe, y sin que comporte su situación contractual, la obligación de restitución de las sumas recibidas por el contrato de seguros, ni el derecho de la AFP llamante de exigir su devolución a la aseguradora, ante la ineficacia del traslado de régimen que sí conlleva tal devolución, pero con cargo a los recursos de la AFP, como consecuencia de su conducta indebida, ante el incumplimiento de su deber profesional en el traslado, debiendo asumir la merma del capital destinado a la financiación de las prestaciones en el régimen de prima media. Por lo anterior, se **confirmará** la absolución de la llamada en garantía.

Sin costas en la instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **segundo** de la sentencia proferida el 10 de junio de 2022, por el Juzgado 5º Laboral del Circuito de Bogotá DC, en

cuanto a que la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA**, **Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías SA**, y la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA**, deberán devolver también con destino a Colpensiones, los rendimientos financieros sobre la totalidad de aportes pensionales recibidos con ocasión de la vinculación de la demandante a cada una de esas AFP, así como los bonos pensionales si fueron redimidos, y además, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores descontados de tales aportes por concepto de primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos o comisiones de administración, todo lo anterior, discriminado con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, acorde con la motivación expuesta.

TERCERO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

CUARTO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO**, atendándose los términos previstos en el art. 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

Hipervínculo al expediente digital* [11001310500520200033001](https://www.ccp.cjec.gov.co/11001310500520200033001)

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **fe746e9e31977ab44941095f478643620642c1755d9715529f40c31ac912d173**

Documento generado en 24/04/2023 03:22:38 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **013 2021 00139** 01
DEMANDANTE: CLAUDIA STELLA LÓPEZ ROPERO
DEMANDADAS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, COLFONDOS SA PENSIONES Y
CESANTÍAS y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS **PROTECCIÓN** SA

Bogotá DC, veintiuno (21) de abril de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de la misma, respecto de la sentencia proferida el 26 de julio de 2022, por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare que Colfondos SA Pensiones y Cesantías la asesoró equivocadamente cuando se trasladó del RPM y que el Instituto de Seguros Sociales omitió la obligación de asesorarla sobre la posibilidad de retornar a ese ente, así mismo, que es ineficaz la afiliación celebrada con la AFP Cofondos; y en consecuencia, se condene a Protección SA a trasladar a Colpensiones los aportes, rendimientos y semanas cotizadas y a la última entidad a activar su afiliación en el RPM.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 27 de agosto de 1967; que se afilió al extinto ISS donde cotizó 398 semanas;

que el 1º de enero de 1996, efectuó el traslado de régimen pensional con destino a Colfondos SA, teniendo en cuenta la información suministrada por el asesor de ese fondo relativa a que el ISS se iba a acabar y no iba a haber dinero para cubrir la pensión de todos los que estaban afiliados en el RPM; que el 19 de julio de 2013, se trasladó a Protección SA debido a que en ese momento se le puso de presente que en dicha administradora tendría mejores rendimientos que se verían reflejados en la mesada pensional (Págs. 4 a 21, arch. 1 y 1 a 21, arch. 8).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 25 de noviembre de 2021, después de ser subsanada, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (arch. 12), quienes dieron respuesta en término oportuno, oponiéndose a la totalidad de pretensiones.

La **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones** se opuso a las pretensiones, y propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe e imposibilidad de condena en costas (págs. 1 a 14, arch. 14).

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA**, en su defensa propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, 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 de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto (Págs. 1 a 21, arch. 17).

Colfondos SA Pensiones y Cesantías invocó 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 del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos SA, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago (págs. 1 a 14, arch. 24).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (arch. 26).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 26 de julio de 2022, declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante el 1º de enero de 1996, a través de Cofondos SA y la afiliación realizada a Protección SA. En consecuencia, condenó a Protección y Colfondos a devolver a Colpensiones, la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades; y, a la última entidad a tener como afiliada a la actora, recibir los dineros referidos anteriormente y actualizar la historia laboral.

Consideró que conforme a la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia y la normatividad aplicable, al verificarse el material probatorio recaudado no se lograba vislumbrar que en efecto en el año 1996, cuando se llevó a cabo el traslado de la demandante, se hubiera cumplido por parte de la AFP Colfondos con el deber objetivo de brindar la información necesaria y transparente que se requería para celebrar ese acto, pues ni siquiera se arrimó el formulario de afiliación y aun de haberse aportado lo cierto es que su contenido tampoco bastaría para demostrar los hechos debatidos. Así mismo, precisó que la afiliación posterior realizada a Protección SA no constituye un acto de relacionamiento ni convalida el traslado inicial y estableció que la acción de ineficacia del tránsito de régimen pensional es imprescriptible, como también lo es el derecho ciudadano a reivindicar un derecho pensional e incluso a mejorar su prestación en cualquier tiempo, pues la exigibilidad judicial de la seguridad social y en específico el derecho a la pensión que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** apeló la sentencia proferida solicitando que se revoque, teniendo en cuenta que el art. 13 de la Ley 100 de 1993, establece como característica del sistema general de pensiones la libre escogencia de régimen, de la cual hizo uso la demandante en el año 1996, cuando se trasladó a la AFP Colfondos por voluntad propia, estando conforme con la información que le fue brindada en su momento, tanto así que decidió permanecer en el RAIS por más de 20 años.

Agregó que la convocante no se acogió a la posibilidad que le ofrecía la Ley 797 de 2003, de retornar al sistema anterior cuando le faltaban menos de 10 años para arribar a la edad mínima pensional, estando motivada entonces la demanda en razones netamente económicas; y, argumentó que además decisiones como la de primera instancia, quebrantan el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 10 de octubre de 2022 se admitió el recurso interpuesto y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones; y, conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, sin que presentaran alegaciones (arch. 5).

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en sede de tutela y en casación, razón por la cual, al analizar específicamente asuntos de esa índole, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como

las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, se acata el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VII. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada y el grado jurisdiccional de consulta, y de conformidad con lo previsto en los artículos 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si el traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora privada demandada, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 27 de agosto de 1967 (Pág. 22, arch. 1); **ii)** cotizó al extinto ISS hoy Colpensiones 398,43 semanas desde el 12 de agosto de 1987 (arch 15); **iii)** que el 1º de enero de 1996 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Colfondos SA, con fecha de efectividad desde el 1º de febrero de 1996 (Pág. 115, arch. 24); y, **iv)** que el 19 de julio de 2013, se afilió a la AFP protección

SA (Pág. 85, arch. 17), administradora en la que actualmente se encuentra afiliada.

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera '*preimpresa*' en el formulario de vinculación, norma que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Así, en sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, expresó:

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos

14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.”

Frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

“(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

(…) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.”

En esta providencia, también se dijo:

“(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (…) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional legítima para el momento del traslado, o se encuentra en la prohibición legal de traslado, ya que todo esto resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, la demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colfondos SA, el 1º de enero de 1996, sin embargo, en este caso ninguna de las evidencias arrimadas acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

“(…) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como “la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.”

Ahora bien, en lo que respecta a si debían demostrarse o no vicios en el consentimiento y los efectos de la falta de información previa al traslado de régimen pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1501-2022, precisó:

El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.

Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento «*consentimiento*» para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el «*deber de información y buen consejo*» que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.

Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no supe en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

Y en la CSJ SL5292-2021, en sede de instancia, advirtió:

De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente

indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por otra parte, respecto a los traslados posteriores y los actos de relacionamiento, se advierte que la alta corporación, en sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021, precisó que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual. Así lo expuso en la primera decisión citada:

Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Colfondos SA, que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte de la afiliada para esa época, tal como lo concluyó el *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, así como del traslado posterior verificado, y se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por la demandante el 1º de enero de 1996, con su afiliación a la AFP Colfondos, así como el posterior surtido con destino a Protección SA.

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también los traslados posteriores, y las administradoras de fondos de pensiones respectivas deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC,

aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ SL1022-2022, CSJ SL1017-2022, CSJ SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente.

Por lo expuesto, se **adicionar**á la sentencia apelada y consultada, para ordenar, a Colfondos SA, y también, a Protección SA, efectuar la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados, debidamente indexados, y a todas las AFP efectuar la discriminación y detalle de los valores devueltos.

Respecto de la excepción de prescripción, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado pensional es imprescriptible, “(...) *pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»*¹, por lo que resulta acertada la decisión del juez de primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 26 de julio de 2022, por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección SA** y **Colfondos SA Pensiones y Cesantías** deberán devolver también, con destino a Colpensiones, además de los conceptos allí

¹ CSJ SL1688-2019.

relacionados, los bonos pensionales, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminando la totalidad de los conceptos objeto de devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación

TERCERO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://ctbesj->

my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Eh95CKD15d9EIKFDpdaOHqYB6okHLLA1emGKD3wJMWQFQQ?e=xref2Z

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: 089ebdada43425bbab7509770790a74fed430f8a8441de088a58ace33fc52be3

Documento generado en 24/04/2023 03:22:39 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **017 2020 00298 01**
DEMANDANTE: HUMBERTO PARRA RINCÓN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES - COLPENSIONES

Bogotá DC, veintiuno (21) de abril de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 24 de marzo de 2022, por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante, que se declare que como afiliado al ISS hoy Colpensiones, cotizó para seguridad social en pensiones, mientras laboró en actividades de alto riesgo para su salud en la empresa Eternit Colombiana SA durante 24 años, 6 meses y 18 días; que es beneficiario del régimen de transición establecido en el art. 6° del Decreto 2090 de 2003, modificado por el Decreto 2655 del 17 de diciembre de 2014 y que la normatividad que gobierna su situación pensional es el Decreto 1281 de 1994; en consecuencia, se condene al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez a partir del 13 de febrero de 2012, junto con la mesada adicional y los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifiesta que nació el 13 de febrero de 1961; que estuvo vinculado laboralmente con Eternit Colombiana SA desde el 5 de octubre de 1981 hasta el 30 de noviembre de 2004, fecha en la que la compañía dispuso incorporarlo a través de la EST Impulso Temporal, donde laboró del 1º de diciembre de 2004 al 31 de enero de 2005; que desde el 1º de febrero de 2005 hasta el 17 de febrero de 2006, fue contratado nuevamente por Eternit Colombiana SA; que durante su vinculación a la citada empresa, desempeñó actividades altamente nocivas para su salud, por haber estado en contacto directo con materiales y productos derivados de asbesto y otras sustancias calificadas como comprobadamente cancerígenas; que en el año 2014, elevó solicitud de reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo ante Colpensiones, la cual fue negada en las Resoluciones GNR 658 del 2 de enero de 2014, GNR 720 y VBP 72295 de 2015; que en el año 2016, reiteró su pedimento, el cual también fue negado mediante sendos actos administrativos; que en el año 2019, volvió a elevar reclamación, adjuntando para el efecto historia ocupacional actualizada emitida por Eternit Colombiana SA, la cual establece que estuvo en contacto con asbesto, crisolito y sílice cristalina, sin embargo, nuevamente su solicitud fue rechazada con fundamento en que no cumplía el requisito mínimo de 700 semanas de cotización especial de alto riesgo, sin tener en cuenta las cotizaciones efectuadas antes del 23 de junio de 1994 (págs. 4 a 22, arch. 1),

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda, se admitió el 30 de septiembre de 2020, ordenándose la notificación y traslado a la llamada a juicio (págs. 96 a 97, arch. 1) a quien se le tuvo por no contestado el escrito inicial mediante auto del 8 de septiembre de 2021 (pág. 106 a 107, arch. 1).

La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica el Estado**, guardó silencio pese a encontrarse debida y legalmente notificada (pág. 101, arch. 1).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 24 de marzo de 2022, declaró que al demandante Humberto Parra Rincón, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de una pensión especial de vejez en

aplicación de las previsiones contempladas en el Decreto 2090 de 2003, a partir del 1º de agosto de 2018, en cuantía inicial de \$1.647.295, con los reajustes legales anuales y la mesada adicional de diciembre. A su vez, condenó a Colpensiones, a reconocer y pagar al demandante la suma de \$82'139.370, por mesadas ordinarias y mesada adicional, causadas desde el 1º de agosto de 2018 y hasta el 28 de febrero de 2022, y a partir de marzo de ese año, una mesada de \$1'893.418 y en adelante, con los reajustes legales y la mesada adicional que se cause y los intereses de mora, de acuerdo con lo previsto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el 18 de diciembre de 2018, aplicando la tasa máxima de interés moratorio que se encuentre vigente al momento de su pago. Adicionalmente, autorizó a Colpensiones para que del valor del retroactivo reconocido al demandante, descuenta, en el porcentaje que corresponda, los aportes con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud, según las consideraciones precedentes.

Consideró el *a quo* que el demandante no reúne las condiciones para ser beneficiario del régimen de transición previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, debido a que al 1º de abril de 1994 contaba con 33 años y 14 años de cotización, por lo que no le son aplicables las condiciones consagradas en el Acuerdo 049 de 1990; que además para el 22 de junio de 1994, tampoco reunía los requisitos previstos para efectos de la transición regulada en el Decreto 1281 de 1994, ya que para el efecto requería contar con 40 años de edad y 15 años de servicios; sin embargo, si era viable recurrir a la aplicación del régimen de transición que fue contemplado en el Decreto 2090 de 2003, por lo que la normatividad aplicable al caso era el Decreto 1281 de 1994.

De ese modo, encontró que la decisión de negar el derecho pensional deprecado por parte de la entidad llamada a juicio, tuvo como fundamento que el demandante no es beneficiario del régimen, comoquiera que no se efectuaron las cotizaciones adicionales que exige la norma, sin embargo, con las certificaciones laborales adosadas se lograba determinar que aquel desempeñó actividades consideradas como de alto riesgo por estar en contacto con sustancias comprobadamente cancerígenas del 5 de octubre de 1981 al 30 de noviembre de 2004 y del 1º de febrero de 2005 al 17 de abril de 2006, ello sumado a la constancia expedida por la Directora Nacional de Prevención de Riesgos Laborales de Seguros Bolívar, en la que se identificó respecto de la exposición a "*Material particulado asbesto-crisolito*" que existía un riesgo V, que

el promotor del proceso probó haber realizado cotizaciones para actividades de alto riesgo con el empleador Eternit y además como trabajador independiente y las versiones rendidas por Rafael Tobías Moreno Pineda y Ángel Eustasio Castillo, quienes adujeron haber sido compañeros de trabajo del actor.

En ese orden, señaló que el demandante cotizó 1377,57 semanas para pensión, de las cuales 1261 fueron cotizadas en el desarrollo de actividades de alto riesgo, por lo que la edad para acceder a la pensión corresponde a los 51 años. En cuanto al IBL y la tasa de reemplazo, señaló que era menester recurrir a lo normado en el art. 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 10 de la Ley 797 de 2003, y que con base en dicha normativa el monto de la pensión correspondía al 74,77% del IBL, que se había calculado sobre los ingresos de los últimos 10 años correspondientes a \$2.203.040, lo que arrojaba una mesada para agosto de 2018 de \$1.647.245, teniendo en cuenta hasta el último mes de cotizaciones, es decir, julio de 2018.

Sobre los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993, estableció que el demandante elevó la última petición el 22 de abril de 2019 y la entidad dio respuesta el 21 de junio de 2019, por lo que a partir del 22 de agosto de 2019 incurrió en mora y negó la indexación por ser incompatible con los intereses dispuestos.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La **parte demandante** solicitó en el recurso que se modifique la fecha de causación y disfrute de la prestación y la fecha de exigibilidad de los intereses moratorios. Sobre el primer punto, señaló que con las resoluciones aportadas al plenario se logra constatar que la pensión de alto riesgo no fue solicitada en el año 2019, sino que tal pedimento se elevó desde el 2014 y luego en el año 2016, recibiendo reiteradamente la negativa de su pedimento, por lo que al haberse determinado por el *a quo* que la reclamación administrativa se agotó, al menos debió tenerse en cuenta esa fecha para determinar la fecha de causación, ya que el gestor tiene derecho a la prestación desde que arribó a los 51 años y las cotizaciones realizadas hasta 2018, no se efectuaron con el fin de aumentar la tasa de reemplazo, sino que se vio forzado a continuar trabajando por el actuar negligente de la entidad, para lo cual, se refirió a las sentencias CSJ SL 34514, 1º sep. 2009 y CSJ SL 39391, 22 feb. 2011. Sobre, el segundo

punto pidió que se tengan en cuenta las anteriores consideraciones para establecer la fecha de causación de los intereses.

La **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones**, argumentó que el demandante no acreditó el cumplimiento de 700 semanas en alto riesgo, además no puede recurrirse a la aplicación del Decreto 1281 de 1994 para resolver el caso y no se cumplen las previsiones del Decreto 2090 de 2003. Sobre el IBL, dijo que debe revisarse teniendo en cuenta que en los últimos diez años el gestor efectuó cotizaciones con el salario mínimo legal mensual vigente y que los intereses moratorios solo se causan desde el sexto mes contado a partir de la fecha en que se elevó la solicitud de la prestación de acuerdo con lo considerado por la Corte Constitucional en sentencia C-1020-04 y SU035-2018.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 13 de mayo de 2022, se admitieron los recursos interpuestos por las partes y el grado jurisdiccional de consulta en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 4, C002).

La parte demandante presentó las alegaciones reiterando los argumentos expuestos en la sustentación del recurso de apelación (arch. 6, C002).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada y el grado jurisdiccional de consulta, y conforme a lo dispuesto en los arts. 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico en este asunto consiste en determinar si resulta procedente el reconocimiento de la pensión especial de alto riesgo, y en caso afirmativo, la fecha de causación y de disfrute, así como si hay lugar a disponer el pago de intereses moratorios sobre el retroactivo pensional.

Actividades de alto riesgo y cotización adicional.- Para resolver, es preciso memorar que el Decreto 2090 de 2003, bajo la pretensión de unificar el régimen de trabajadores de alto riesgo, incluyendo a trabajadores del sector privado y del sector público en una normativa conjunta, derogó íntegramente los Decretos 1281 y 1835 de 1994, manteniendo dentro de las actividades anotadas, aquellas en las que existe exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas.

A su vez, se tiene que con la expedición del Decreto 1281 de 1994 - 23 de junio de 1994- se estableció que bajo las actividades allí previstas, los empleadores tendrían la obligación de cotizar seis puntos adicionales a los establecidos por la Ley, porcentaje que fue incrementado mediante el Decreto 2090 de 2003, en donde se determinó como cotización especial diez puntos adicionales, de modo que antes de la fecha inicialmente anotada, no era exigible el aporte adicional para efectos del reconocimiento pensional (CSJ SL1342-2018), por lo que los tiempos previos no pueden ser desconocidos, así como tampoco los posteriores en los que el patrono no efectuó la cotización adicional, ya que el trabajador no puede correr con las consecuencias de esa omisión, para lo cual la entidad de seguridad social cuenta con las acciones de cobro respectivas (CSJ SL4330-2021, CSJ SL9013-2017 y CSJ SL398-2013).

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en múltiples pronunciamientos ha establecido que para ser beneficiario de la pensión especial de vejez, no basta con demostrar la prestación de los servicios en una empresa clasificada como de alto riesgo o que maneje sustancias cancerígenas, sino que resulta necesario que se pruebe que el trabajador estuvo expuesto a dichas sustancias en el ejercicio de sus funciones (CSJ SL17123-2014, SL16898-2014, SL5539-2015, SL14013-2016 Y SL17247-2017).

Igualmente ha expresado la Alta Corporación que, para el reconocimiento de la pensión especial de vejez por actividad de alto riesgo, no es menester allegar la calificación de actividad por parte de la autoridad administrativa y/o, según la norma que regule el asunto, de las dependencias de salud ocupacional del ISS, pues existe libertad probatoria (CSJ SL3476-2016 y CSJ SL22189-2017).

En tal sentido, encuentra esta Corporación que al plenario se arrimaron historias ocupacionales de pensiones especiales emitidas el 18 de febrero de 2015 y el 11 de diciembre de 2018, por el jefe de salud, seguridad y ambiente de la empresa (págs. 38 a 40 y 41 a 43, arch. 1), en las que se hizo constar que el actor laboró para la empresa Eternit Colombiana SA, cumpliendo las siguientes funciones:

- i). Del 5 de octubre de 1981 al 17 de octubre de 1982, como cargador almacén de placas, en el que tenía como funciones *“las de cargar camiones con los productos de acuerdo a la orden de pedido, cargar productos en colaboración con ayuda de otro cargador, subido en la plataforma del camión, organizar los productos almacenándolos en forma de pilas; recoger los productos que se dañan y los arruma en un solo sitio para posteriormente ser trasladados al molino y allí ser nuevamente procesados”*.
- ii). Del 18 de octubre de 1982 al 7 de noviembre de 1993, como cargador almacén moldeados, en el que tenía como funciones *“Almacenar productos moldeados en forma de pilas, transportándolos de la sección de moldaje al almacén de producto moldeados; colocar los productos moldeados sobre unas plataformas; colocar el cargue de los camiones con producto moldeado”*.
- iii). Del 8 de noviembre de 1993 al 10 de noviembre de 1996, como ayudante supervisor almacén producto terminado, en el que tenía como funciones *“Colaborar con el supervisor en algunas de sus funciones, recibir los productos, los cuenta y ordena para su almacenamiento; despachar las órdenes de pedido de productos, observando que vayan los productos requeridos y el número solicitado; informar a sus jefes cualquier irregularidad que observa”*.
- iv). Del 11 de marzo de 1996 al 30 de noviembre de 2004, como Inspector Almacén de moldeados, en el que tenía como funciones *“Revisar los productos que se reciben de la sección de productos moldeados y los cuenta; elaborar un reporte de almacenamiento de productos moldeados; supervisar al personal a su cargo, ordenando y controlando la forma como los productos deben ser almacenados; pasar relación diaria de productos defectuosos y rotura de productos; informar a sus jefes cualquier irregularidad que observe”*.

- v). Del 1º de febrero de 2005 al 17 de abril de 2006, como Auxiliar Almacén, en el que tenía como funciones *“Recibe los productos, los cuenta y ordena su almacenamiento; despacha las órdenes de pedido de productos, observando que vayan los productos requeridos y el número solicitado; informa a sus jefes cualquier irregularidad que observa”*.

Adicionalmente, se hizo constar que en tales interregnos el gestor trabajó con sustancias comprobadamente carcinógenas en los tres primeros con asbesto – crisolito y en el último con sílice cristalina, que en el primer cargo la labor fue netamente operativa y en los otros tres operativa y administrativa, y que siempre laboró en el almacén; y, en constancia del 1º de abril de 2005, el Gerente de Planta de la sociedad empleadora, además de los extremos temporales en los que el promotor del proceso prestó sus servicios a esa compañía, certificó que los aportes a pensión durante la relación laboral se hicieron al ISS, incluyendo desde el 1º de enero de 1995 el aporte adicional ordenado por la Ley en favor de los trabajadores que desarrollan actividades de alto riesgo y que además estuvo afiliado desde el 1º de enero de 1997 hasta la finalización de los vínculos con la ARL Bolívar y antes de esa fecha con Riesgos Laborales del ISS (pág. 45, arch. 1).

También, milita en el cuaderno certificación emitida el 20 de mayo de 2015, por la directora nacional de Prevención de riesgos laborales de la ARL Compañía de Seguros Bolívar SA, en la que se indicó que el gestor estuvo afiliado como empleado de la empresa Eternit Colombiana SA, del 1º de enero de 1997 hasta el 30 de noviembre de 2004 y del 2 de febrero de 2005 al 17 de abril de 2006, asignado al centro de trabajo 1, con clase de riesgo V y tasa de cotización 6,960%; que el código de la actividad económica para el referido centro de trabajo de acuerdo con el Decreto 1607 de 2002 es 5269502, que corresponde de manera genérica a la *“Fabricación de artículos de hormigón, cemento y yeso, incluye solamente empresas dedicadas a fabricación de productos con contenidos de asbesto, trabajos de aislamiento término en asbesto”*; y, que verificando en el panorama de factores de riesgos de los puestos de trabajo, se identificaba, ente otras, la condición de riesgo *“Material particulado (Asbesto Crisolito)”*, por lo que el actor estuvo desarrollando sus labores en una actividad calificada como de alto riesgo (pág. 44, arch. 1).

Situaciones que fueron ratificadas por los testigos Rafael Tobías Moreno Pineda quien fue compañero de trabajo y laboró en la empresa antes anotada entre 1977 y el 2002, y mencionó que el gestor siempre tuvo contacto con productos de “*asbesto-cemento*”; que a pesar de que no prestaron sus servicios en la misma área al inicio, cuando había demasiados camiones en “*almacén – placas*” donde estaba el actor, enviaban a los de “*almacén – tubos*” a ayudar y él trabajaba allí y después unificaron esas dependencias; que luego el gestor fue ascendido a inspector donde tenía como funciones contar y manipular el material antes referido y cargarlo en el patio. Y, Ángel Eustasio Castillo, quien dijo que conoció al actor en 1981, cuando este ingresó a laborar en Eternit en una sección cercana a la que él estaba asignado; señaló que laboró para la empresa hasta el año 2000; que el demandante estuvo en el almacén de productos terminado y en el almacén de despacho, donde tenía que manipular los productos que se fabricaban en otra sección, organizarlos, hacer el conteo y cargar los camiones; que la materia prima para dichos productos era “*asbesto – cemento*” y que como consecuencia del roce de los elementos se generaban una partículas que eran nocivas para la salud; que en esa época ni la empresa, ni ellos eran conscientes del riesgo que generaba esa situación para la salud, por lo que en materia de salud ocupacional recibían una que otra charla sobre la postura y cómo hacer ejercicio; que la dotación que les daban comprendía un overol, botas, peto y guantes y de pronto mascarillas, pero por la falta de conocimiento no sabían manejarlas bien; que las mascarillas que usaban eran importadas 3M y decían que eran las de mejor calidad, pero en algunas épocas cuando se agotaban debían usar una nacional que era muy delgada y dejaba mucho espacio por lo que las partículas entraban por la nariz; que como cargador de almacén el gestor cargaba camiones en los patios durante todo el turno y en dicho cargo estuvo igualmente expuesto al material antes referido todos los días, lo que pudo evidenciar cuando coincidían en el mismo turno; y, que en las funciones de supervisor también se verificaba la exposición pues se debían contar bien los productos y vigilar a las personas que estaban manipulándolos.

En consecuencia, debido a que se comprobó que en los extremos anotados el actor estuvo constantemente expuesto a sustancias cancerígenas, se cumple así con los requisitos establecidos tanto en el artículo 1º del Decreto 1281 de 1994, como en el artículo 2º del Decreto 2090 de 2003, tales interregnos deben ser tenidos en cuenta para analizar el reconocimiento

pensional procurado, sin perjuicio de las acciones de cobro que puede iniciar el fondo de pensiones respecto de los puntos adicionales que se hayan dejado de cotizar por el empleador Eternit Colombiana SA, después del 23 de junio de 1994.

Reconocimiento pensional.- Sobre este punto, se tiene que el Decreto 2090 de 2003, adicionó una condición a los regímenes de transición, al indicar que quien al 28 de julio de 2003, - *fecha de entrada en vigencia del decreto*- hubiere aportado cuando menos 500 semanas de cotización especial, tendría derecho, una vez cumplido el mínimo número de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, a que la misma le fuera reconocida en iguales condiciones de las normas anteriores que regulaban actividades de alto riesgo.

Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-663-07 estudió la exequibilidad del artículo 6º del Decreto 2090, y específicamente en lo atinente a la exigencia de acreditar las 500 semanas de cotización, el que consideró manifiestamente desproporcionado, declaró su exequibilidad condicionada, entendiendo que la interpretación más favorable a los trabajadores era *“aquella que les permita acreditar el número de semanas de cotización para mantenerse en el régimen de transición, con las semanas cotizadas en los diferentes regímenes previos donde tales actividades hayan sido jurídicamente calificadas como de alto riesgo”*, y no necesariamente de *“especiales”* al momento de entrar a regir dicho decreto.

De esta manera, los regímenes de transición anteriores perdieron su vigencia con la expedición del Decreto 2090 de 2003, no obstante, con lo establecido en el artículo 6º de esa disposición es posible aplicarlos, siempre y cuando se cumpla el nuevo requisito de las 500 semanas bajo el entendimiento expuesto.

A su vez, se tiene que el párrafo del referido artículo, también estableció que se deben acreditar adicionalmente los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que regula la transición de la prestación ordinaria de vejez, no obstante, ha sido reiterado el criterio sentado por el Tribunal de Cierre de esta jurisdicción en torno a la inaplicación de dicha exigencia, por resultar

excesiva al tratarse la pensión especial de un régimen especial y distinto (CSJ SL1353-2019 y CSJ SL999-2020).

En tal sentido, encuentra la Sala que el demandante es beneficiario del régimen de transición referido, ya que para el 28 de julio de 2003, tenía 1131,28, de modo que, de acreditar el número mínimo de semanas exigidas en el régimen general de pensiones, tendría derecho a que se le reconozca la prestación especial en los términos y condiciones establecidos en las disposiciones anteriores.

En ese sentido, encuentra la Sala que la situación pensional del demandante se rige por el artículo 3º del Decreto 1281 de 1994, en la medida que no resulta beneficiario del tránsito legislativo que prevé el artículo 8º de esa normativa, en tanto exigía que a la fecha de su expedición -23 de junio de 1994-, contara con 40 años de edad y 15 años de cotizaciones, sin embargo, tenía 32 años en esa fecha (pág. 26, arch. 1) y reportaba 703,57 semanas de cotización, siendo 771,43 las necesarias.

Se advierte entonces, que el art. 3º del Decreto 1281 de 1994, establece como requisitos para acceder a la pensión especial de vejez, haber cumplido 55 años de edad y haber cotizado un mínimo de 1000 semanas, así mismo, que la edad para su reconocimiento se disminuirá un año por cada sesenta 60 semanas de cotización especial, adicionales a las primeras 1000 semanas, sin que dicha edad pueda ser inferior a 50 años.

Es así como en este caso, el gestor acredita haber cotizado más de 1000 semanas en toda su vida laboral, pues se advierte que reportó tiempos trabajados en actividades de alto riesgo equivalentes a 1262,29 semanas, las cuales permiten la disminución de la edad hasta los 51 años, es decir, hasta el 13 de febrero de 2012, momento en el que el régimen general de pensiones exigía 1225 semanas de cotización, que ya habían sido computadas por el actor pues contaba con 1315,14 semanas aportadas al sistema, por lo que al cumplimiento de la edad referida, se causó la prestación al convergir todos los requisitos exigidos por la norma.

En cuanto al disfrute de la prestación, se recuerda que los arts. 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad,

aplicables por remisión del inc. 2º del art. 31 de la Ley 100 de 1993, diferencian entre la causación y el disfrute de la pensión de vejez o de jubilación, indicando que se reconocerá a solicitud del interesado reunidos los requisitos mínimos, previa desafiliación formal al régimen y teniendo en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.

La jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que existen situaciones especiales de las que se puede inferir que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión que ha sido solicitada en tiempo, caso en el cual la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos (CSJ SL5603-2016, CSJ SL9036-2017, CSJ SL15559-2017, CSJ SL11005-2017, CSJ SL11895-2017, y CSJ SL17388-2017 y CSJ SL415-2018); o cuando el acto de desafiliación al régimen puede inferirse de la concurrencia de varios hechos, como la terminación del vínculo laboral del afiliado, la falta del pago de cotizaciones, y el cumplimiento de los requisitos en materia de edad y de cotizaciones, que no dejen duda de la intención del afiliado de cesar su vinculación al sistema en procura de la obtención del derecho pensional (CSJ SL 38776, 1º feb. 2011, CSJ SL4611-2015; CSJ SL 18447 y CSJ SL5603 de 2016, CSJ SL9036-2017, CSJ SL3114, CSJ SL4219 y CSJ SL963-2018, y CSJ SL1028-2019).

En este caso, observa la Sala con las resoluciones n.º SUB161053 del 21 de junio de 2019 (págs. 51 a 60, arch. 1), SUB207110 del 1º de agosto de 2018 (págs. 69 a 80, arch. 1) y DPE 9400 del 9 de septiembre de 2019 (págs. 82 a 93, arch. 1) que fueron adosadas con la demanda, que si bien de las mismas se desprende que el demandante elevó ante la entidad reclamos aproximadamente en los años 2014 (Resuelto negativamente en Resoluciones GNR 658 del 2 de enero de 2014, GNR 720 del 5 de enero de 2015 y VPB 72295 del 27 de noviembre de 2015) y 2016 (Resuelto negativamente en Resoluciones GNR 170067 del 13 de junio de 2016, GNR 290185 del 29 de septiembre de 2016 y VPB 44111 del 9 de diciembre de 2016), es decir, previo a la presentación de la petición radicada el 22 de abril de 2019, lo cierto es que de los actos administrativos que militan en el plenario no es factible desprender las razones en las que Colpensiones no accedió al reconocimiento pensional, así como tampoco si el gestor presentó en esas oportunidades los elementos de convicción suficientes que acreditaran las actividades de alto riesgo que dan

paso a la disminución de la edad para la causación del derecho, por lo que como lo estableció el *a quo*, para efectos de calcular el IBL deberá tenerse en cuenta hasta la última semana cotizada para pensiones que tuvo lugar el 31 de julio de 2018 (págs. 27 a 37, arch. 1).

Ahora, para determinar el IBL de la pensión especial de vejez en el marco del Decreto 1281 de 1994, se advierte que la misma está sujeta a las reglas en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, que aquel se calcula con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó el afiliado en toda la vida laboral o con los ingresos de los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión. De este modo al realizar las operaciones del caso, se tiene que es más benéfico el promedio de los últimos 10 años que arroja un IBL de \$2.199.579, que el de toda la vida laboral que asciende a \$1.922.331, para el año 2018.

En lo relativo al monto de la pensión, el artículo 6º del Decreto 1281 de 1994 remite al artículo 34 de la Ley 100 de 1993, por lo que partiendo de las directrices dispuestas en esa norma se tiene que dicho IBL equivale a 2,81 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2018. En consecuencia, el porcentaje del ingreso base de liquidación inicial es igual al 64,09% el cual se incrementa en un 1,5%, por las 50 semanas adicionales que acredita el actor, debido a que cotizó en total 1396,57; por lo que la tasa de reemplazo correspondería al 65,59% del ingreso base de liquidación, con lo que se obtiene una mesada pensional inicial equivalente a \$1.442.754, actualizada al 2018, suma que estará sujeta a los reajustes anuales dispuestos para el efecto, por lo que se modificará la sentencia de primer grado, al estarse surtiendo el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Respecto a la excepción de prescripción se precisa que la misma no tiene vocación de prosperidad, debido a que entre la fecha de exigibilidad de la primera mesada pensional, la reclamación pensional surtida el 22 de abril de 2019 y la presentación de la demanda que se verificó el 21 de septiembre de 2020 (pág. 2, arch. 1), no transcurrió el término trienal de que trata el art. 151 del CPTSS.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que, como el derecho pensional se causó el 13 de febrero de 2012, la prestación debe pagarse en 13 mesadas al año,

en los términos del inciso 8º y el Parágrafo Transitorio 6º, del Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que sobre el particular se mantendrá incólume la sentencia.

En consecuencia, se modificará la sentencia primigenia para condenar a Colpensiones a reconocer y pagar la suma de \$95.693.187 por mesadas pensionales retroactivas causadas desde el 1º de agosto de 2018 hasta el 30 de 31 de marzo de 2023, junto con las que se hagan exigibles en lo sucesivo hasta la fecha de inclusión en nómina de pensionados.

AÑO	REAJUSTE	DEBIDO	No. MESADAS	SUBTOTAL
2018	4,09%	\$1.442.754	6	\$ 8.656.522
2019	3,18%	\$1.488.633	13	\$ 19.352.231
2020	3,80%	\$1.545.201	13	\$ 20.087.616
2021	1,61%	\$1.570.079	13	\$ 20.411.026
2022	5,62%	\$1.658.317	13	\$ 21.558.126
2023	13,12%	\$1.875.889	3	\$ 5.627.666
TOTAL				\$ 95.693.187

Intereses moratorios.- Conforme al artículo 141 de la Ley 100 de 1993, estos se causan a cargo de la entidad obligada al pago de la pensión cuando ésta se ha demorado en el pago de la mesada, o cuando hay una solución tardía en el reconocimiento de la pensión, para lo cual ha de tenerse en cuenta el término previsto en el inciso final del parágrafo 1 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, cuatro (4) meses contados después de radicada la solicitud por el petionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho.

En este caso, se advierte que el convocante reclamó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez el 22 de abril de 2019, cuando ya había acreditado los requisitos para acceder al derecho, por lo que los intereses deben liquidarse a partir del 22 de agosto de 2019, respecto de las mesadas causadas y exigibles a esa fecha, y en adelante a partir de su exigibilidad, esto es a partir del primer día del mes siguiente a la causación de cada mesada, aplicando para el efecto la tasa máxima de interés moratorio vigente para el momento del pago, por lo que sobre ese aspecto también se modificará la sentencia de primer grado.

Sin costas en la instancia, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC,**

administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **primero** de la sentencia proferida el 24 de marzo de 2022 por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el entendido de **CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a reconocer y pagar al demandante la pensión especial de vejez de alto riesgo, a partir del 1º de agosto de 2018, en cuantía inicial de \$1.442.754, según lo motivado.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **segundo** de la sentencia apelada y consultada, en el entendido de **CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a reconocer y pagar al demandante el retroactivo de la pensión especial de vejez de alto riesgo, a partir del 1º de agosto de 2018, que a 31 de marzo de 2023 asciende a la suma de \$95.693.187, junto con las mesadas que se sigan causando, en cuantía para este año de \$1.875.889, con los reajustes legales y la mesada adicional de diciembre, de acuerdo con lo considerado.

TERCERO: MODIFICAR el numeral **cuarto** de la sentencia apelada y consultada, en el entendido de **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 22 de agosto de 2019, respecto de las mesadas causadas y exigibles a esa fecha, y en adelante a partir de su exigibilidad y hasta que se produzca el pago efectivo, a la tasa máxima de interés moratorio vigente para ese momento, según lo expuesto en las motivaciones anteriores.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

QUINTO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

SEXTO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Expediente digital:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/Evah09iA6pdFqAt21xxiFX4BdJO70UB5krgJ7YDWWSbIVQ?e=Xu5Rmt

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **d17a0ac832456cc22ac03c9ee19466f8c6ddd67d78f5e048d1aeefd74bfc6b2d**

Documento generado en 24/04/2023 03:22:41 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **033 2021 00023** 01
DEMANDANTE: RAFAEL ALBERTO BARRIGA LÓPEZ
DEMANDADAS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, COLFONDOS SA PENSIONES Y
CESANTÍAS y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

Bogotá DC, veintiuno (21) de abril de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados MILLER ESQUIVEL GAITÁN, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor, respecto de la sentencia proferida el 7 de septiembre de 2022, por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare la ineficacia de las afiliaciones al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuadas a Colfondos SA y a Porvenir SA, por existir fallas en el deber de información; en consecuencia, se ordene a Colfondos y a Porvenir, realizar todos los trámites pertinentes, para el retorno del demandante a Colpensiones, incluyendo cualquier ingreso que hayan recibido derivado de tales afiliaciones, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, rendimientos que se hubieren causado y cuotas de administración debidamente indexadas; y se ordene a Colpensiones, convalidar dichos dineros (pág. 4 arch. 3 C01).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 22 de julio de 1958; cotizó en el extinto ISS 141 semanas; en julio de 1997 se afilió a Colfondos SA, sin que se le brindara información acerca de las características del sistema pensional, ni cómo acceder a una pensión, las consecuencias de su afiliación, ni se le efectuó una comparación acerca de los servicios y requisitos de los regímenes pensionales coexistentes; en mayo de 1998 se vinculó a Porvenir SA sin un consentimiento informado, debido a que no se le explicaron las características propias del sistema, sus pros y contras o modalidades de pensión, tampoco se le explicaron las consecuencias de ese traslado; solicitó la ineficacia de las citadas afiliaciones, pero Colpensiones le respondió el 16 de junio de 2020 que no procede, Porvenir SA le manifestó que el fondo siempre ha estado en permanente contacto con él para que conozca el estado de su afiliación y se encuentra a menos de 10 años para cumplir la edad pensional, por lo que está inmerso en la prohibición del art. 13 de la Ley 100 de 1993, mientras que Colfondos le explicó que todos sus asesores comerciales están debidamente capacitados y cuentan con toda la información necesaria para realizar las afiliaciones es ante esa AFP (págs. 1-3 *ídem*).

II. TRÁMITE PROCESAL

Previa subsanación la demanda se admitió el 27 de julio de 2021, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (arch. 8 C01), quienes dieron respuesta en término oportuno, excepto **Porvenir SA** dado que no contestó la demanda (arch. 18 *ídem*).

Colfondos SA se opuso a las pretensiones y para ello, formuló como excepciones las denominadas 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 del actor a Colfondos, prescripción, compensación y pago (págs. 1-15 archs. 10, 18 C01).

Colpensiones presentó oposición a lo pretendido. En su defensa propuso como excepciones las de errónea e indebida aplicación del art. 1604 del CC, descapitalización del sistema pensional, ratificación de la voluntad de permanencia en el RAIS por existir actos de relacionamiento, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD,

prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (págs. 1-41 archs. 11, 18 *idem*).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a pesar de haber sido legalmente notificada guardó silencio (pág. 9 arch. 9 *idem*).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en audiencia celebrada el 7 de septiembre de 2022, profirió sentencia en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al RAIS el 23 de mayo de 1997, a través de la AFP Colfondos SA, por lo que actualmente se encuentra afiliado efectivamente al RPMPD; ordenó a Porvenir SA trasladar a Colpensiones todos los saldos de la cuenta de ahorro individual del demandante, tales como aportes, bonos pensionales, intereses y rendimientos financieros; ordenó a Porvenir SA y a Colfondos SA a trasladar a Colpensiones los dineros recibidos por cuotas de administración de manera proporcional al tiempo en el que el demandante estuvo afiliado a cada uno de esos fondos; condenó a Colpensiones a recibir los valores trasladados para activar la afiliación del demandante al RPMPD e integrar en su totalidad la historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas e impuso costas a cargo de Porvenir SA y de Colfondos SA.

Consideró que debido a que el consentimiento dado por el demandante, ante Colfondos SA, no fue informado, le asiste derecho a regresar al RPMPD; y, como quiera que la AFP no demostró haber brindado una información necesaria y transparente al demandante, no quedaba más que declarar la ineficacia del traslado entre regímenes, y en consecuencia, ordenar la devolución de los aportes realizados al RAIS, junto con los efectos que dicha declaratoria tiene, aunado a que el traslado no respeto lo establecido en el art. 13 de la Ley 100 de 1993 (archs. 25-27 C01).

IV.RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones señaló que no se acreditó que el demandante hubiera sufrido algún tipo de engaño por parte de la AFP, aunado a que admitió en el interrogatorio de parte que no efectuó reclamación alguna al fondo privado, por

ende, se encontraba de acuerdo con el servicio que le prestó la AFP; además, el demandante no puede regresar al RPMPD porque se encuentra en la limitante establecida por el art. 13 de la Ley 100 de 1993, dado que le faltan menos de 10 años para cumplir la edad mínima pensional, por ende, no reúne los requisitos para que opere el traslado de régimen pensional.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 10 de octubre de 2022 se admitió el recurso interpuesto y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones; y, conforme a lo normado en el art. 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (arch. 04 C02).

El demandante, Porvenir SA y Colpensiones presentaron alegaciones de instancia reiterando los argumentos expuestos en la demanda, su contestación y el recurso (archs. 6, 7 C02). Colfondos SA guardó silencio.

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en sede de tutela y en casación, razón por la cual, al analizar específicamente asuntos de esa índole, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación

Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, se acata el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VII. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada y el grado jurisdiccional de consulta, y de conformidad con lo previsto en los arts. 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver consiste en verificar si el traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora privada demandada, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria.

No fue objeto de discusión y se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 22 de julio de 1958 (pág. 105, 118 arch. 3 C01); **ii)** cotizó al extinto ISS entre el 7 de septiembre de 1989 y el 31 de mayo de 1997 un total de 149 semanas (archs. 12.1, 13.1); **iii)** el 23 de mayo de 1997 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Colfondos con fecha de efectividad desde el 1º de julio de la misma anualidad (pág. 157 arch. 3, págs. 17, 21 arch. 10), **iv)** el 5 de marzo de 1998 se afilió a Porvenir SA (págs. 145 arch. 3), administradora en la que actualmente se encuentra afiliado con un total de 991 semanas, conforme la historia laboral consolidada a 28 de mayo de 2020 y la certificación del 14 de enero de 2021 (págs. 107, 146-152 arch. 3 C01).

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El art. 13 de la Ley 100 de 1993, en su lit. b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el art. 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inc. 1º del art. 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inc. 7.º del art. 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera '*preimpresa*' en el formulario de vinculación, norma que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Así, en sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, expresó:

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.”

Frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

“(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

(...) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.”

En esta providencia, también se dijo:

“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional legítima para el momento del traslado, o si se encuentra en la prohibición legal de traslado, ya que todo esto resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, el demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP **Colfondos SA**, el 23 de mayo de 1997, luego el 5 de marzo de 1998 se trasladó a **Porvenir SA**, AFP a la que se encuentra actualmente afiliado, y si bien en los formularios de vinculación n.º 0183901 y 1015856 (págs. 145, 157 arch. 3, pág. 21 arch. 10 C01) se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información

oportuna, suficiente y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

“(…) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como “la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.”

Ahora bien, en lo que respecta a si debían demostrarse o no vicios en el consentimiento y los efectos de la falta de información previa al traslado de régimen pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1501-2022, precisó:

El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.

Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento «*consentimiento*» para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el «*deber de información y buen consejo*» que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.

Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no supe en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

Y en la CSJ SL5292-2021, en sede de instancia, advirtió:

De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por otra parte, respecto a los traslados posteriores y los actos de relacionamiento, se advierte que la alta corporación, en sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021

y CSJ SL5686-2021, precisó que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual. Así lo expuso en la primera decisión citada:

Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Colfondos que hubiere suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte de la afiliada para esa época, tal como lo concluyó el *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, así como del traslado posterior verificado, por lo que se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por el demandante el 23 de mayo de 1997 con su afiliación a la AFP Colfondos, efectiva desde el 1º de julio de esa anualidad (pág. 157 arch. 3, págs. 17, 21 arch. 10 C01).

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también los traslados posteriores, y las administradoras de fondos de pensiones respectivas deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ sentencias SL1022-2022, SL1017-2022, SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente.

Por lo expuesto, se **adicionar**á el numeral **quinto** de la sentencia apelada y consultada, para ordenar que tanto la AFP Colfondos SA como la AFP Porvenir SA, efectúen la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados por el *a quo*, junto con las primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y las comisiones, todos estos valores debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, con la discriminación y detalle de los valores a devolver.

Respecto a la excepción de prescripción, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado pensional es imprescriptible, «(...) pues, *recuérdese*, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»¹, por lo que resulta acertada la decisión del juez de primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **quinto** de la sentencia proferida el 7 de septiembre de 2022, por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que tanto **Colfondos SA Pensiones y Cesantías**, como la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA**, deberán devolver también, con destino a Colpensiones, además de los conceptos allí relacionados con ocasión de la vinculación del demandante, las primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y las comisiones, todos ellos debidamente indexados y con cargo a sus

¹ CSJ SL1688-2019.

propios recursos, discriminando la totalidad de los conceptos objeto de devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC y aportes pagados, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, acorde con la motivación expuesta.

TERCERO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

CUARTO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO**, atendándose los términos previstos en el art. 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcj->

[my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EhUPna2bHBdPk_eLLzCmGIG4B34dVJPzCmpHbrzdb9ffmjg?e=xbBSuP](https://etbcj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EhUPna2bHBdPk_eLLzCmGIG4B34dVJPzCmpHbrzdb9ffmjg?e=xbBSuP)

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **50b7ae0f93d258a39014b70d2b0cf8cdda540f266be1959389d121034d3646b8**

Documento generado en 24/04/2023 03:22:44 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>